

FERNANDA BERNARDO GONÇALVES

**UMA ANÁLISE DA TENSÃO ENTRE A JURISDICIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS
POLÍTICAS E A DEMOCRACIA À LUZ DA TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL DE
CHANTAL MOUFFE: entre a cruz e a espada**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do Grau de Mestre em Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA BERNARDO GONÇALVES

**UMA ANÁLISE DA TENSÃO ENTRE A JURISDICIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS
POLÍTICAS E A DEMOCRACIA À LUZ DA TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL DE
CHANTAL MOUFFE: entre a cruz e a espada**

**Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do
Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador: Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki
Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria Barbosa
Departamento de Direito Público, PUC/PR

Curitiba, 18 de março de 2011.

À Vó Almerinda.

AGRADECIMENTOS

O término de uma dissertação é apenas o último ato de um longo processo de preparação, suor, cansaço e lágrimas. Ao final, é hora de agradecer àqueles que fizeram parte, de forma muito especial, dessa trajetória de quase três anos.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus: não foram poucos os pedidos atendidos nesse tempo, nem foi pouco o conforto nos momentos mais difíceis. *“Tu és, Senhor, o meu Pastor, por isso nada em minha vida faltará”*.

Agradeço às pessoas mais especiais da minha vida, meu pai e minha tia Alzira, pelo constante apoio, pela compreensão, e pelo maior amor do mundo.

Agradeço, ainda, aos amigos que tornaram essa caminhada menos árdua. Às primas Adriana, Paula e Patrícia, pela força. Às amigas Lili, Carol e Talli, que estão presentes em minha vida há uma década e que certamente estarão presentes nas próximas, com um ombro amigo e uma palavra de carinho. Amigas da Graduação – Dês, Flá, Ger e Ucha – por todos os momentos bons, por todo o companheirismo e por toda a ajuda também.

Aos ex-colegas do Gabinete, por todo o auxílio, Paula e Paulo, com muitas saudades. Também agradeço à Des. Rosana Fachin, eterna incentivadora e fonte de exemplo.

Aos amigos do Mestrado, companheiros na luta diária, sempre prontos com um sorriso para tornar o caminho mais tranquilo. Miguel, Rene, Daniel, Felipe, Michele, Marília, Luciana, Zé Artur, Juliana e Bruno, meu muito obrigado.

Ao colega Luciano Barradas, pela compreensão e incentivo nos últimos tempos. Aos funcionários e estagiários da Procuradoria Regional do Estado em União da Vitória, pela acolhida e pelo constante apoio.

Aos professores, com a certeza de que o conhecimento adquirido em suas aulas faz-se sentir nesse trabalho, com exceção dos erros, única responsabilidade desta que escreve. Agradecimentos especiais aos Professores Celso Ludwig, Ricardo Marcelo Fonseca e Clemerson Merlin Clève. À professora Vera Karam de Chueiri, pelo grande incentivo e por me obrigar a falar, sinceros agradecimentos.

À professora Katya Kozicki, orientadora desde a graduação, pelo inestimável apoio nos melhores e piores momentos e por não me deixar abater diante das dificuldades – e elas foram muitas. Um parágrafo é pouco para agradecer tamanho incentivo e atenção.

Finalmente, dedico este trabalho à minha avó Almerinda, falecida em março de 2010, que nunca me deixava esquecer a importância de comer e dormir, mesmo quando os estudos invadiam a madrugada, e que me ensinou a lição mais importante que aprendi, a de que a poesia da vida não se encontra nos livros. “Saudade é o amor que fica”.

SUMÁRIO

Resumo	8
Abstract	9
Introdução	10
Capítulo 1 – Para um conceito de Democracia	16
1.1. A construção da democracia liberal na modernidade política	17
1.1.1. <i>O liberalismo político</i>	<i>17</i>
1.1.2. <i>O modelo agregativo de democracia</i>	<i>27</i>
1.2 – As teorias deliberativas de democracia	33
1.2.1. <i>A necessidade de um consenso racional em John Rawls e Jürgen Habermas</i>	<i>33</i>
1.2.2. <i>A democracia deliberativa de Carlos S. Nino</i>	<i>42</i>
1.3 – A teoria da Democracia Radical	50
1.3.1. <i>A construção do modelo agonístico de democracia</i>	<i>50</i>
1.3.2. <i>O conceito de cidadão na Democracia Radical</i>	<i>54</i>
Capítulo 2 – A tensão entre Constitucionalismo e Democracia	67
2.1. A experiência norte-americana de jurisdição constitucional	68
2.1.1. <i>O desenvolvimento do judicial review na Suprema Corte norte-americana</i>	<i>68</i>
2.1.2. <i>A busca de limites ao ativismo judicial</i>	<i>76</i>
2.2. – A posição da doutrina constitucional brasileira	89
2.2.1. <i>Um pouco da trajetória constitucional-democrática brasileira</i>	<i>89</i>
2.2.2. <i>A posição doutrinária: entre a efetividade e o procedimentalismo</i>	<i>96</i>
Capítulo 3 – Em busca de um equilíbrio – provisório – entre constitucionalismo e democracia	109
3.1. – Respostas da democracia deliberativa à tensão entre constituição e democracia	110
3.1.1. <i>A legitimidade da jurisdição constitucional em Rawls e Habermas</i>	<i>110</i>

3.1.2. <i>A proposta de Carlos S. Nino</i>	120
3.2 – Uma proposta de radicalização da	
democracia	129
3.2.1. <i>A teoria da democracia radical e a jurisdicionalização das demandas</i> <i>políticas</i>	129
3.2.2. <i>Algumas propostas para se pensar a jurisdição constitucional no Brasil,</i> <i>a partir da teoria da democracia radical</i>	141
Considerações Finais	150
Referencial bibliográfico	153

RESUMO

Esta dissertação versará sobre a problemática relação entre a jurisdicionalização das demandas com conteúdo político, muitas das quais positivadas constitucionalmente, e a preservação da dimensão democrática do Estado brasileiro, cada vez mais comprometida atualmente. A transformação das questões essencialmente políticas em demandas judicializáveis emerge como resposta à crise política experimentada em nosso País. Referidas demandas envolvem, num sentido abrangente, questões relativas à própria constituição do Povo enquanto uma comunidade política. Nesse sentido, estão abrangidas desde questões como a necessidade de prestações positivas por parte do Estado, à efetivação de direitos fundamentais individuais e políticos, além da própria proteção ao regime democrático. No intuito de dar efetividade às normas constitucionais, muitas vezes dependentes de legislação integrativa ou de atuação concreta da Administração Pública, os juízes são chamados a preencher eventuais lacunas deixadas pelos demais Poderes. O que se pretende analisar no presente trabalho é a relação existente entre o ativismo judicial na solução das demandas políticas da população e o esvaziamento do espaço destinado às lutas democráticas. No Estado Democrático de Direito, tais demandas são levadas ao Judiciário por meio do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, emanados justamente por aqueles que foram eleitos pelos cidadãos para exercerem sua representação. Discute-se aqui, portanto, em que medida a atribuição dessa tarefa ao Judiciário nas democracias constitucionais retira do debate público democrático questões relevantes à vida comunitária, e de que maneira a teoria da democracia radical proposta por Chantal Mouffe pode contribuir para a análise da questão..

Palavras-chave: *democracia radical; ativismo judicial; princípio democrático.*

ABSTRACT

This research is about the problematic relationship between judicial review, which refers to many matters constitutional and politically relevant, and the maintenance of democratic dimension in the Brazilian State, this last aspect more and more compromised nowadays. The transformation of questions connected essentially with politics into judicial cases involve, in a large sense, matters related to the constitution of the citizens as a People, as a political community. Here are involved questions about the need for positive actions from the state, the implementation of individual and political fundamental rights, and the protection of the democratic regime. Because constitutional norms needs effectiveness, and because this fact depends on some integrative laws or concrete actuation from Public Powers, the judges have been called to fulfill the spaces left behind for the other Powers. What is going to be analyzed in the present research is the relationship between judicial activism solving political popular demands and the continuous emptiness in the public sphere, destined to be the stage of democratic struggles. In the *Rule of Law* colored by democratic principles, these demands are taken to the Judiciary by some form of judicial review of laws and other normative acts, which were edited by those who have been elected by citizens to represent them. So, we are going to discuss here whether the circumstance of giving this attribution to the judges in the constitutional democracies, is able to take off of democratic public debate relevant matters to the communitarian life, and in what way Chantal Mouffe's radical democracy theory can contribute to analyze the question.

Key-words: radical democracy; judicial activism; democratic principle.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação versará sobre a problemática relação entre a jurisdicionalização das demandas com conteúdo político, muitas das quais positivadas constitucionalmente¹, e a preservação da dimensão democrática do Estado brasileiro, cada vez mais comprometida atualmente. Dada a amplitude da temática, contudo, este estudo concentrar-se-á na análise doutrinária sobre o tema, na busca de uma fundamentação teórica consistente que consiga abarcar a questão.

Sobretudo em se considerando o momento difícil no qual hoje vivemos, quando nosso ainda recente regime democrático vê-se desabonado pelos cidadãos, claramente se desenha a crise de legitimidade de nossa Democracia, uma vez que os próprios governados não compactuam com o governo por eles eleito. Além dos escândalos e denúncias de corrupção, por um lado, o abismo aberto entre as demandas populares e a ausência de várias respostas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo repousa sobre outras causas bastante visíveis em nosso sistema político institucional, tais como a barganha política que deixa de lado as aspirações populares, manobras políticas para paralisar o governo ou subordinar o Congresso ao Presidente, apontadas por Roberto Gargarella como sintomas bastante graves de uma crise a exigir um redesenho institucional².

O instituto da representação continua a desempenhar papel fundamental no contexto democrático. Com efeito, nas sociedades contemporâneas, onde a população de um país pode facilmente ultrapassar milhões de pessoas, e nas quais o trabalho é a atividade principal da maioria dos indivíduos, é impossível pensar que os cidadãos possam estar constantemente reunidos em assembléias, deliberando e decidindo os rumos da Nação. Entretanto, a democracia representativa parece ter chegado a seu limite, levando a uma profunda descrença da população com relação aos políticos, e, o que é mais alarmante, ao desprezo pela própria Política.

¹ Tais como a necessidade de implementação urgente de políticas públicas, a efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente ou a regulamentação de matérias ainda não legisladas pelo Poder ao qual tal tarefa competiria.

² GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución*. Sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

É nesse contexto que a transformação das questões essencialmente políticas em demandas judicializáveis emerge como resposta à crise política experimentada em nosso País. Referidas demandas envolvem, num sentido abrangente, questões relativas à própria constituição do Povo enquanto uma comunidade política. Nesse sentido, estão abrangidas desde questões como a necessidade de prestações positivas por parte do Estado, à efetivação de direitos fundamentais individuais e políticos, além da própria proteção ao regime democrático. Especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, com a consagração de valores norteadores da ordem político-jurídica, como a dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário passou a emitir decisões com teor nitidamente político, como, no exemplo mais evidente, as decisões de controle judicial das políticas públicas. No intuito de dar efetividade às normas constitucionais, muitas vezes dependentes de legislação integrativa ou de atuação concreta da Administração Pública, os juízes são chamados a preencher eventuais lacunas deixadas pelos demais Poderes.³

Contudo, o que, à primeira vista, foi exaltado pela doutrina, em especial pela doutrina pátria, como um meio para conferir efetividade plena aos ditames constitucionais, alçando o Poder Judiciário à função precípua de defensor da cidadania, pode significar o enfraquecimento justamente da democracia, já que delegar aos juízes a atribuição de solucionar questões de cunho político-constitucional retira do espaço público de debates diversos temas cuja solução, entendida a democracia como “governo do povo”, pertenceria à coletividade.

O que se pretende analisar no presente trabalho é a relação existente entre o ativismo judicial na solução das demandas políticas da população e o esvaziamento do espaço destinado às lutas democráticas. No Estado Democrático de Direito, tais demandas são levadas ao Judiciário por meio do controle judicial de constitucionalidade

³ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em 09 fev.2007, p. 1: “... o sistema adotado no Brasil não é o da ‘separação de poderes’, mas sim o do ‘balanceamento dos poderes’. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação de o Judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando força a essas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais’.

das leis e atos normativos, emanados justamente por aqueles que foram eleitos pelos cidadãos para exercerem sua representação. Discute-se aqui, portanto, em que medida a atribuição dessa tarefa ao Judiciário nas democracias constitucionais retira do debate público democrático questões relevantes à vida comunitária, e de que maneira a teoria jurídico-política contemporânea enfrenta a questão.

Trata-se, portanto, da tensão entre constitucionalismo e democracia, inerente às democracias liberais, que buscam reconciliar o governo do povo ao respeito à constituição⁴ e, nessa tentativa de equilíbrio, o ordenamento jurídico confere ao Judiciário a tarefa de guarda da Constituição, como seu intérprete máximo – quiçá único. A problemática consiste na retirada de temáticas importantes do âmbito do espaço público de discussão⁵, substituindo decisões que deveriam ser tomadas num âmbito coletivo, por decisões técnicas tomadas na esfera jurídica. O que se pretende investigar, portanto, são as implicações teóricas da assunção, pelo Poder Judiciário, da tarefa de solucionar questões políticas, para o esvaziamento da esfera pública de discussões.

O pensamento de Chantal Mouffe, filósofa política que propõe a teoria da Democracia Radical, traz uma análise original da problemática aqui exposta. Para tanto, a citada autora busca equacionar a tensão entre “o jurídico e o político”, compreendendo a radicalização democrática da sociedade como ideal de chegada em suas teorizações.

O modelo de Democracia radical emerge no cenário político-acadêmico como contraposição às teorias de Democracia Deliberativa, defendidas por Jürgen Habermas e John Rawls, as quais, grosso modo, defendem como ideal democrático em uma sociedade a conquista de consensos racionais acerca dos procedimentos democrático-decisórios. A idéia de Democracia Radical vem justamente demonstrar a fragilidade desta posição e sua inadequação às sociedades contemporâneas, marcadas pelo

⁴ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161-171.

⁵ O qual, como coloca ARENDT, “deriva do início da ação conjunta, cujo desdobramento assinala a existência de uma comunidade política”. In: *Entre o passado e o futuro*. 2.ed. São Paulo: Perspectiva: 1988, p. 23.

pluralismo também no campo político. Essa situação não é algo a ser combatido, como escreve Mouffe:

(...) é necessário que haja espaço para as diferentes práticas nas quais a obediência às regras democráticas podem ser compreendidas. E isso não pode ser visto como uma acomodação temporária, como um estágio do processo que leva à realização de um consenso racional, e sim deve ser encarado como uma característica constitutiva das sociedades democráticas. A cidadania democrática pode assumir diferentes formas, e esta diversidade, longe de ser um perigo para a democracia, representa sua própria condição de existência. Isso irá, com certeza, criar um conflito e seria um erro esperar que todos estes diferentes entendimentos pudessem coexistir sem alguma espécie de choque entre eles.⁶

A teoria política defendida pela Democracia Radical, reconhecendo a distinção entre o liberalismo econômico e o liberalismo político, busca resgatar os princípios deste último, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Nesse sentido, Chantal Mouffe defende que a democracia não pode apresentar-se como algo fechado e definitivo, mas sim como um processo sempre em construção, dentro do qual os valores de liberdade e igualdade possam ser re-definidos pela sociedade.

A autora defende um “pluralismo agonista”, no qual o conflito não é visto como algo a ser eliminado na sociedade, mas é tido como intrínseco à cidadania. É nesse sentido que se concebe o fenômeno político e a cidadania, no qual os atores políticos se enxergam como adversários, os quais, de um lado, não se furtam à luta política, e de outro, reconhecem a posição dos demais entendimentos como legítimos⁷.

Buscando aproveitar elementos da tradição político-liberal e do comunitarismo, de modo a obter um modelo democrático que, ao mesmo tempo, garanta os direitos individuais, mas compreenda que todo indivíduo encontra-se inserto em um corpo social, a Democracia Radical centra-se na reinserção do cidadão de volta à arena do espaço público.

Nesse sentido, o papel do Direito, e consequentemente dos operadores jurídicos, ganha novo sentido:

⁶ MOUFFE, Chantal. *Teoria Política, Direitos e Democracia*. Trad. Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo horizonte: Forum, 2004, p. 389-390.

⁷ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 375.

(...) como não é possível a proliferação infinita do conflito, e como algum tipo de fechamento se faz necessário, isso também vai exigir a produção de um consenso quanto às regras que devem prevalecer na sociedade, espaço teórico que deve ser ocupado por uma teoria da aplicação do direito capaz de fornecer este fechamento provisório, sem retirar da esfera política a resposta última das questões políticas. Ou seja, uma teoria da adjudicação que, reconhecendo a relação necessária entre o jurídico e o político, não tenha a pretensão de fornecer respostas jurídicas a questões que devem ser respondidas no cenário da ação política.⁸

Entretanto, o que se vê atualmente é um fenômeno para o qual Mouffe chama a atenção⁹: a invasão indevida do discurso jurídico no espaço de discussão política, esvaziando-se o sentido desta última, e, por conseguinte, afastando o cidadão das práticas democráticas. A autora identifica na ausência de compreensão da dimensão agonística da democracia uma das causas para a paulatina transferência ao Judiciário das temáticas essencialmente políticas, na expectativa de que as leis e sua interpretação judicial possam resolver todos os conflitos sociais. É a perda do conflito nas sociedades liberais que ocupa o foco das preocupações de Mouffe, vez que a transferência do processo decisório político ao Judiciário significa retirar do debate público diversas questões que serão resolvidas não num âmbito conflitual, público, coletivo, mas num campo técnico-racional, o campo jurídico¹⁰, composto por profissionais não eleitos e não sujeitos ao controle popular.

Especificamente, aqui se insere o presente trabalho. Sob a rubrica da ineficácia dos Poderes eleitos para administrar as questões políticas, o Judiciário é chamado a solucionar tais demandas; contudo, justamente essa posição, à primeira vista defensável no contexto de uma Constituição de carga valorativa tão intensa como a nossa, expressa o retorno a um individualismo dentro do qual as respostas são buscadas sem a dimensão do coletivo, e onde não se encontram espaços públicos para o debate em torno de questões que envolvem, muitas vezes, toda a população.

É, portanto, no sentido de oferecer uma contribuição à formação de “*um conjunto de práticas e movimentos pragmáticos que objetivem convencer as pessoas a ampliar*

⁸ KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. Reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 334.

⁹ Ver MOUFFE, C. *The Democratic Paradox*. New York: Verso, 2000.

¹⁰ Cf. MOUFFE, C. *The Political, the Moral and the Juridical*. (paper).

*seu grau de comportamento com os outros e construir uma sociedade mais inclusiva*¹¹, que se apresenta esta pesquisa, representando o presente trabalho um contraponto teórico necessário acerca das implicações do ativismo judicial.

¹¹ MOUFFE, C. *Teoria Política...*, p. 383.

Capítulo 1 – Para um conceito de Democracia

Não é possível fazer-se uma análise da complexa relação entre constitucionalismo e democracia sem antes demonstrar de qual concepção de democracia se trata neste trabalho. Nesse sentido, este primeiro capítulo é dedicado à demonstração de que espécie de democracia estamos falando quando se usa a expressão “democracia radical” e quais os seus elementos constitutivos dentro da teoria de Chantal Mouffe. Essa primeira parte, portanto, irá delimitar o objeto de estudo de nosso trabalho e lançar as hipóteses a serem enfrentadas ao longo da exposição.

Muito embora a idéia de democracia tenha surgido na Grécia Antiga, mais especificamente em Atenas, é mister salientar que a concepção democrática naquele período difere em demasia da noção de democracia que temos hoje. Porque a concepção de democracia defendida no presente trabalho concentra-se na radicalização dos princípios consagrados na democracia liberal – liberdade e igualdade – é somente a partir de seu surgimento na teoria política que o estudo será de interesse para o desenvolvimento da pesquisa.

Sendo assim, no primeiro item, analisaremos a constituição da democracia liberal dentro da moldura moderna. Primeiramente, será apresentada a construção do liberalismo político, bem como as primeiras formas de articulação dos princípios de liberdade e igualdade dentro do quadro democrático-liberal incipiente. Após, analisaremos a noção de democracia agregativa, que representa a extrema predominância do elemento liberal sobre o elemento democrático.

No segundo item, verificaremos de que forma o modelo deliberativo de democracia, ao se insurgir frente ao descritivismo extremo da visão agregativa de democracia, consolidou-se no cenário político-acadêmico como um modelo viável à compreensão das sociedades democráticas contemporâneas. Serão brevemente analisados os aportes teóricos de John Rawls, Jürgen Habermas e Carlos Santiago Nino.

Na terceira parte deste capítulo, veremos de que forma o modelo de democracia radical defendido por Chantal Mouffe contrapõe-se a esses modelos anteriormente

apresentados, ressaltando o caráter inerentemente conflitivo do fenômeno político, bem como a necessidade de uma concepção de cidadania que assegure a adesão (não apenas de forma racional) aos princípios ético-políticos constitutivos da democracia liberal.

1.1. A construção da democracia liberal na modernidade política

1.1.1. O liberalismo político

A idéia de *democracia constitucional* tem suas origens na modernidade, com a emergência do liberalismo político. Esse conceito ganhou contornos definidos com o advento da modernidade, e desde então aparece relacionado à idéia de democracia, numa relação frequentemente em desequilíbrio, ora pendendo para um ou outro elemento, a depender das circunstâncias fáticas do momento histórico considerado.

Com efeito, é a partir da consolidação do Estado moderno que democracia e liberalismo passam a figurar no cenário político como idéias a serem concretizadas. Contudo, já no final da Idade Média e no período absolutista, é possível antever circunstâncias que prenunciavam a emergência do liberalismo, ou, para usar a expressão de Quentin Skinner, apresentavam-se já os alicerces da teoria moderna do Estado¹². Isso ocorre quando a centralidade do poder político deixa de residir na pessoa do governante, e passa a residir na figura do Estado, que emana um ordenamento político e jurídico próprio, ao qual tanto súditos como o príncipe, precisam observar, e é essa circunstância que propicia o surgimento do ente estatal numa acepção moderna¹³.

Entretanto, é apenas no período moderno que as relações políticas passam a se basear inteiramente na figura do Estado, garantidor da ordem e da segurança da população, e único instituidor da ordem jurídica a ser seguida pelo corpo político. E também é somente com o advento da modernidade política que as instituições

¹² Cf. SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 625.

¹³ Cf. idem, p. 9-10.

democráticas apresentam condições de se desenvolver e de comporem, juntamente com o elemento liberal, um novo modo de se fazer e pensar a política.

Nesse ínterim, como enuncia Claude Lefort, é a partir do século XVIII, em especial com o advento das chamadas Revoluções burguesas, que se opera uma verdadeira *revolução democrática*, que engendra um novo modo de sociedade. Enquanto antes da modernidade, o poder encontrava-se cristalizado na pessoa do príncipe, mediador entre a lei humana e a lei divina, com a emergência do moderno, essa situação se modifica, nos seguintes termos:

Incorporado no príncipe, o poder dava corpo à sociedade. E, assim, havia um saber latente, mas eficaz, do *que um* significava para o *outro*, em toda a extensão do social. Tendo em vista esse modelo, designa-se o traço revolucionário e sem precedentes da democracia. O lugar do poder torna-se um *lugar vazio*. (...) O essencial é que impede aos governantes de se apropriarem do poder, de se incorporarem no poder. Seu exercício depende do procedimento que permite um reajuste periódico. É forjado ao termo de uma competição regrada, cujas condições são preservadas de maneira permanente. Esse fenômeno implica a institucionalização do conflito. Vazio, inocupável – de tal maneira que nenhum indivíduo, nenhum grupo poderá lhe ser consubstancial – o lugar do poder mostra-se infigurável. São visíveis unicamente os mecanismos de seu exercício, ou então os homens, simples mortais, que detêm a autoridade política.¹⁴

Lefort fala de uma *dissolução dos marcos de referencia da certeza*, pois a democracia – no sentido moderno do termo – introduz uma indeterminação em relação ao fundamento último do Poder; se antes, o monarca era a referência, agora, nem o Estado, nem o Povo, conseguem dar uma resposta definitiva a essa problemática. O corpo social mesmo apresenta-se, então, sem um sentido pré-estabelecido, sem aquela homogeneidade e unidade garantidas na pessoa do príncipe, dependendo, para o autor, de um aparato ideológico para se obter respostas que, por sua própria natureza, serão sempre provisórias¹⁵. No intuito de superar o período medieval e o Absolutismo,

¹⁴ LEFORT, Claude. *Pensando o político: Ensaio sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 32.

¹⁵ Cf. Idem, p. 33-34. Em comentário a essa passagem, Mouffe faz as seguintes considerações: '(...) esta revolução democrática está na origem de um novo tipo de instituição social, na qual o poder se transforma num 'lugar vazio'. Por esta razão, a sociedade democrática moderna é constituída como 'uma sociedade em que o poder, a lei e o conhecimento se encontram expostos a uma indeterminação radical (...) de forma que o que foi instituído nunca é estabelecido, o conhecido permanece indeterminado, o presente mostra-se indefinível'. A ausência do poder encarnado na pessoa do príncipe e ligado a uma autoridade transcendente pressupõe a existência de uma garantia final ou fonte de legitimação; a sociedade já não pode ser definida como uma substância detentora de uma sociedade orgânica. O que resta é uma sociedade sem limites claramente definidos, uma estrutura social impossível de descrever na perspectiva de um ponto de vista singular ou universal. É desta forma que a democracia é caracterizada

principalmente os privilégios estamentais conferidos aos nobres e aos membros do clero, desenvolve-se uma visão diferenciada dos direitos e da soberania¹⁶, pela qual o poder, não mais centralizado na pessoa do príncipe, constantemente necessita de novas fontes legitimadoras provisórias.

Nesse sentido, ainda antes da eclosão desse período revolucionário, o pensamento de alguns teóricos foi fundamental para o embasamento teórico que propiciou o surgimento do liberalismo político, conferindo as bases para uma forma de política que se estende, com algumas modificações, até os dias de hoje. De forma bastante sintetizada, dado a dimensão espacial do presente trabalho, elas serão brevemente comentadas a seguir.

O primeiro autor a ser apontado é Montesquieu e a festejada teoria da separação entre os poderes. É mister alertar, contudo, que, embora muito citado como o autor dessa idéia, nenhuma das Revoluções inspiradas no Iluminismo, nem as correntes teóricas por elas inspiradas, guardam correspondência com as concepções apresentadas por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*¹⁷.

O autor demonstra uma profunda admiração pelo governo moderado inglês, pois acredita que este apresente a melhor solução para o exercício do poder sem ameaçar a liberdade dos cidadãos. Apesar de ser considerado um precursor de uma das mais celebradas garantias do regime democrático liberal, Montesquieu não acreditava na possibilidade de conjugação entre democracia e a tutela das liberdades¹⁸. Nas palavras do autor:

A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos

pela 'dissolução dos sinalizadores de certeza'". (MOUFFE, Chantal. *O Regresso do Político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 24).

¹⁶ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 102.

¹⁷ Cf. GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213. Nesse artigo, o autor sustenta que, inclusive, Montesquieu jamais empregou a expressão *separação* ou *divisão de poderes* em sua obra.

¹⁸ A idéia mesma da democracia direta era-lhe impensável, pois para Montesquieu o povo era incapaz de compreender e discutir os negócios públicos. Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 204.

Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentando a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite.¹⁹

Eis, portanto, a enunciação da conhecida fórmula dos *freios e contrapesos* entre os Poderes do Estado: divididos estes em poder de fazer leis, poder de executar as leis e o poder de julgar. Para Montesquieu eles jamais poderiam recair sobre a mesma pessoa ou o mesmo corpo político, pois, como a tendência aponta para o abuso, a liberdade política dos cidadãos ficaria seriamente comprometida. Aqui, dois aspectos da teoria defendida por Montesquieu precisam ser ressaltados. O primeiro deles é que, muito embora o autor tema pelo abuso no exercício do poder, sua obra confere uma relevância muito pequena ao poder de julgar, pois entende que o juiz representa a “boca da lei”²⁰ e, conseqüentemente, os julgamentos proferidos não devem representar “mais que um texto exato da lei”²¹. Em segundo lugar, é necessário afirmar que em nenhum momento de sua obra o autor revela-se partidário de uma separação absoluta entre os poderes do Estado, ao revés, como bem aponta Griesbach, existe uma clara interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário²².

Outro autor deveras relevante quando se trata da gênese do liberalismo político é Thomas Hobbes. Sua postura teórica é tida por muitos como absolutista, em razão do Estado forte que preconiza, mas, sem dúvida, o autor também pode ser enquadrado como um dos fundadores do pensamento liberal, pela importância que recebem em sua obra os direitos naturais inalienáveis referentes às liberdades²³. Para ele, os homens seriam criaturas egoístas e determinadas por seus próprios interesses. Imaginando que

¹⁹ Idem, p. 200.

²⁰ Idem, p. 208.

²¹ Idem, p. 203.

²² Cf. GRIESBACH, C. F. *Ob. cit.*, p. 231: “Montesquieu criou um modelo teórico, puramente imaginário, no qual não acreditava haver uma separação absoluta de poderes. Essa afirmação comprova-se em inúmeras passagens da obra, como, p. ex., na hipótese do Executivo interferir no Legislativo por meio do direito de veto do rei, quando o Legislativo interfere no Executivo por intermédio do pedido de contas dos ministros, quando o Legislativo interfere no Judiciário, nos casos em que os nobres são julgados por seus pares da Câmara Alta, entre outros exemplos. Aí se percebe a vulnerabilidade de se afirmar, em Montesquieu, uma teoria absoluta da separação dos poderes.”

²³ Cf. HELD, David. *Models of Democracy*. 3.ed. California: Stanford University Press, 2006, p. 61-62.

eles viveriam num estado de natureza, no qual teriam à disposição para a defesa de seus direitos naturais quaisquer meios privados. A fim de garantir sua segurança, os indivíduos entregam seus direitos e as prerrogativas de defendê-los a um corpo coletivo dotado de força²⁴ e autoridade para fazer valer suas leis²⁵. Essa “pessoa” consiste no Estado, absoluto e indissociável – o qual, tal como o Leviatã, protegeria seus membros contra ameaças às liberdades individuais. O Estado é assim definido por Hobbes:

Uma grande multidão institui a uma pessoa mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.²⁶

Esse “Leviatã”, esse Estado é representado pelo soberano, que está acima das leis por ele determinadas aos súditos, sendo a soberania, para Hobbes, absoluta e indivisível. No Estado soberano, mesmo os direitos naturais, já que transferidos no momento em que se firmou o pacto que originou o ente estatal, só são exercidos nos limites postos pelo soberano; assim, somente existe liberdade para aquilo que não foi transferido pelos súditos ao soberano, em especial, a defesa da própria vida²⁷.

Se essa circunstância – de fazer depender os direitos exclusivamente da benevolência do soberano – lança dúvidas sobre o caráter liberal da teoria de Hobbes, por outro lado, John Locke é, indubitavelmente, um dos precursores do liberalismo político, ao atribuir à liberdade e à propriedade o *status* de direitos inalienáveis e irrenunciáveis, próprios e inatos à esfera de subjetividade de cada indivíduo²⁸. Ao contrário de Hobbes, ele não entendia o estado de natureza como semelhante a um estado de guerra de uns contra os outros, mas sim como um tempo no qual os homens

²⁴ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 127.

²⁵ Nas palavras do autor: “(...) designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comum. Todos devem submeter suas vontades à vontade do soberano e suas decisões à sua decisão.” (Idem, p. 130).

²⁶ Idem, p. 131.

²⁷ Idem, p. 163.

²⁸ Nas palavras de Pietro Costa: (...) A partir de Locke, a liberdade-propriedade se propõe como a principal expressão jurídica da subjetividade e, ao mesmo tempo, como a base da ordem social e a condição de legitimidade do esquema político-jurídico: legítimo enquanto respeitoso dos direitos naturais de liberdade-propriedade e funcional à sua tutela e ao seu respeito. (COSTA, Pietro. *Democracia política e estado constitucional*. (paper).)

eram “*absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem, nem depender de sua vontade*”²⁹. Entretanto, como todos possuem os mesmos poderes, e não se pode ignorar a existência de indivíduos dispostos a ameaçar e turbar o livre gozo dos direitos alheios, faz-se necessária a constituição de uma sociedade política, por meio da qual os homens renunciam à essa liberdade de executar seus desígnios como lhe aprouver, mas ganham a faculdade de exigir do Estado a proteção de seus direitos³⁰. Essa sociedade política assim se caracteriza:

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. (...)

Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. O estado de natureza é carente de muitas condições.³¹

O pensador inglês concordava com Hobbes na necessidade de um governo capaz de assegurar os direitos naturais, mas, para ele, os indivíduos não transferiam seus direitos ao Estado, que possuía tão-somente a tarefa de salvaguarda da vida e das liberdades. Ademais, para ele a atividade política dos cidadãos era meramente instrumental, a fim de assegurar o pleno gozo dos direitos naturais – donde inclusive se reconhecer o direito de resistência – mas sem uma maior interferência no governo.

A posição mais radical, e que exercerá franca influência nos primórdios da Revolução Francesa, é a de Jean-Jacques Rousseau, especialmente quando da elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1779, que denominava a sociedade política como uma associação, inspirando-se claramente no *contrato social* de Rousseau³². Nada obstante, aquilo que se consolidou como

²⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4.ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006, p. 83.

³⁰ Idem, p. 132-133.

³¹ Idem, p. 156.

³² Cf. BOBBIO, Norberto. A Revolução Francesa e os Direitos do Homem. In: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 94.

democracia após os levantes revolucionários não correspondia àquilo que era defendido por Rousseau. Com efeito, para ele a finalidade do contrato social – que posteriormente à passagem do estado de natureza para o estado civil seria representado pelas Constituições – seria “*encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes*”³³. Ou seja, há aqui a afirmação de que ser livre significava somente obedecer às leis sobre quais se tenha tido oportunidade de deliberar; a liberdade aqui é entendida num sentido positivo, e não apenas como uma forma de proteção contra o poder estatal. O autor era absolutamente contrário à idéia de representação, como se depreende do seguinte fragmento:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não é representada: é a mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são, portanto, nem podem ser seus representantes, são tão-somente seus comissários, nada podem concluir em definitivo. Toda lei que o povo em pessoa não ratificou é nula; não é, absolutamente, uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas engana-se grandemente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento: assim que estes são eleitos, é escravo; nada é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que faz dela bem merece que a perca.³⁴

O governo deveria ser guiado pela *vontade geral*, que significava a expressão dos interesses de toda a comunidade, e não interesses privados dos indivíduos³⁵. Entretanto, embora tais teorizações tenham contribuído para a consolidação da noção moderna de democracia, é certo que não havia conscientemente um propósito de estabelecer esse novo ideal democrático. Para o filósofo francês, jamais poderia existir verdadeira democracia³⁶, pois a igualdade necessária a este regime nunca poderia ser alcançada e, ademais, não haveria governo mais sujeito à instabilidade do que um

³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro: Globo, 1962, p. 27.

³⁴ Idem, p. 101-102.

³⁵ Cf. Ibid., p. 42: “a vontade geral (...) deve partir de todos para se aplicar a todos, e que perde sua retidão natural assim que tende a qualquer objeto individual e determinado”.

³⁶ Cf. Ibid., p. 76.

governo democrático³⁷; o governo pelo qual propugnava era um governo republicano, destinado a se importar com a esfera pública.

As duas Revoluções do período – Francesa e Americana – que inauguraram a era moderna, juntamente com o modelo de equilíbrio de poderes da Inglaterra, introduziram os valores liberal-individualistas na cultura política ocidental, colocando em prática várias das teorizações dos autores citados. Muito embora referidos movimentos tenham diversas diferenças entre si³⁸, há similitudes que permitem seu enquadramento num mesmo paradigma, e criaram as condições necessárias para o desenvolvimento do pensamento liberal.

O liberalismo político coincide com a ascensão econômica da burguesia e a difusão dos valores que apregoava, especialmente o ideal libertário. Nas palavras de Norberto Bobbio, “*por ‘liberalismo’ entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social*”³⁹. Assim como Mouffe, Bobbio assevera que a vinculação entre democracia e liberalismo é mais complexa do que aparenta, e que esta relação de forma alguma é necessária, inclusive porque, de acordo com o autor italiano, o Estado Liberal entrou em crise no momento em que reivindicações por maior participação política emergiram nas sociedades⁴⁰. Como corolários do conceito de democracia liberal, de outra parte, figuram os princípios da liberdade e da igualdade. Historicamente, a primazia conferida à primeira mostra-se evidente. Nada obstante, a questão da igualdade é ponto de discussão constante entre os teóricos do liberalismo e, cada vez mais, o ideal igualitário vem ganhando espaço nos foros públicos de debate⁴¹.

³⁷ Cf. Ibid., p. 77.

³⁸ De fato, enquanto que na Inglaterra não houve propriamente uma revolta em face do período medieval, mas uma idéia de continuidade em relação aos direitos naturais, e nos Estados Unidos intentava-se uma maior independência em relação à colônia, na França a idéia de direitos vinha se contrapor aos privilégios medievais, por meio também de um novo conceito de Estado.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 7.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Nesse sentido, é pertinente, uma vez mais, a citação do pensamento de BOBBIO: “A tendência no sentido de uma igualdade cada vez maior, como já havia observado ou temido Tocqueville no século XIX, é irresistível: o igualitarismo, apesar da aversão e da dura resistência que suscita em cada reviravolta da história, é uma das grandes molas do desenvolvimento histórico. A igualdade entendida

De qualquer forma, na caracterização do liberalismo político, dois elementos são fundamentais: a defesa intransigente dos direitos do homem e a limitação do poder estatal e sua interferência na vida privada dos cidadãos. Acerca da proteção aos direitos do homem, resguardadas as especificidades dos diversos pensadores, os liberais defendem a existência de um rol de direitos que os homens possuem tão-somente pelo fato de seu nascimento, independentemente do Estado, no gozo dos quais este não deve interferir, consistindo tais direitos em direitos invioláveis dos cidadãos, pressuposto este que se origina, ainda segundo Bobbio, do fundamento filosófico representado pelo jusnaturalismo. A afirmação desses direitos inatos ao homem é a assunção definitiva do individualismo por parte dos liberais, a prevalência do homem sobre a sociedade:

(...) a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos ou, conforme a fórmula aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes.⁴²

O segundo elemento presente nas teorizações liberais é a limitação do poder estatal – em maior ou menor medida –, o qual não deve interferir na liberdade individual dos cidadãos, que devem ser deixados livres em suas vidas privadas e no gozo de seus direitos fundamentais. É aqui que se insere o pensamento do autor Isaiah Berlin, no artigo *Two concepts of liberty*, e a diferenciação que faz entre a *liberdade negativa*, caracterizadora da modernidade liberal, e a *liberdade positiva*, que impele à participação política dos cidadãos. Berlin vai retomar a conhecida distinção já realizada por Benjamin Constant, entre a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*; para este, o que os povos antigos entendiam por liberdade referia-se àquilo que Rousseau defendia como a necessidade de autogoverno por parte dos cidadãos, e que essa ideal não mais pode ser defendido pelos liberais modernos, já que a liberdade que buscam é

como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização. Jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social.” (BOBBIO, N. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 43).

⁴² BOBBIO, N. *A Era ...*, p. 15.

aquela que os liberta da indevida invasão estatal na vida do cidadão, mediante a proteção e defesa dos direitos individuais, e que ambas as conceituações são irreconciliáveis⁴³.

Em seu artigo, Berlin pretende examinar esses dois sentidos nos quais a noção de “liberdade” vem sendo entendida no âmbito da filosofia política, e assim os define:

O primeiro desses sentidos políticos de liberdade individual ou liberdade institucional (farei uso de ambas as expressões para dizer a mesma coisa), o qual (com base em muitos precedentes) chamarei de sentido ‘negativo’, vem incorporado na resposta à pergunta ‘Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?’. O segundo, que chamarei de sentido positivo, vem incorporado na resposta à pergunta ‘O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou deixe ou seja tal coisa e não outra?’⁴⁴

Para Berlin, as respostas a ambas as perguntas são muito distintas⁴⁵, apresentando o autor uma defesa da liberdade no sentido negativo do termo, concluindo, de forma semelhante a Constant, que a liberdade no sentido positivo, porque põe ênfase na problemática do autogoverno, não representa um aumento de liberdade, mas apenas uma transferência em relação ao titular da possibilidade de opressão; o problema, para Berlin, não está em se saber quem governa, mas sim na quantidade de autoridade depositada nas mãos de quem exerce o poder⁴⁶. Logo, defende o autor inglês uma postura não intervencionista do Estado, liberal, portanto, assegurando aos cidadãos um amplo gozo de seus direitos individuais e liberdades, no

⁴³ Cf. CONSTANT, Benjamin. *Liberty of the ancients compared with that of the moderns (political writings)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁴⁴ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 136.

⁴⁵ Conforme expõe na citada obra, p. 142: “A resposta à pergunta ‘Quem me governa?’, do ponto de vista da lógica, é distinta da pergunta ‘Até que ponto o governo interfere comigo?’. É nesta diferença que consiste, no final, o grande contraste entre os dois conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa. Pois o sentido ‘positivo’ de liberdade vem à luz se tentarmos responder à pergunta não ‘Estou livre para fazer o quê ou para ser o quê?’, mas a ‘Por quem sou governado?’ ou ‘O que significa dizer o que sou e o que não sou, o que ser ou o que fazer?’. A relação entre democracia e liberdade individual é bem mais tênue do que pareceu a muitos defensores de ambas. O desejo de ser governado por mim mesmo ou, pelo menos, de participar do processo através do qual minha vida deve ser controlada, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para ação, e talvez historicamente mais antigo. Mas não é um desejo relativo à mesma coisa. Na realidade, é tão diferente, que levou, em última instância, ao grande conflito de ideologias que domina nosso mundo. Pois é isto – a concepção ‘positiva’ de liberdade: não liberdade de, mas liberdade para – de levar uma forma de vida prescrita – que os adeptos do conceito de liberdade ‘negativa’ imaginam seja, algumas vezes, nada mais do que um ilusório disfarce para a tirania brutal.”

⁴⁶ Cf. Idem, p. 164-165.

que se difere frontalmente da busca pela ampliação da participação política e de um tratamento mais igualitário das pessoas.

1.1.2. O modelo agregativo de democracia

No século XX, uma nova espécie de democracia liberal tornou-se predominante nas teorias acadêmicas, denominada de *modelo agregativo de democracia*. Esse modelo contrapunha-se às teorias clássicas de democracias, as quais se ocupavam da questão de como os regimes democráticos deveriam ser, dentro de uma perspectiva normativa de democracia⁴⁷. De outra parte, os autores filiados a essa corrente agregativa estavam interessados em estabelecer uma teoria de natureza descritiva, ou seja, que lidasse com os regimes democráticos da forma como estes se realizam no presente. Para esse modelo – também denominado de modelo elitista de democracia – os cidadãos seriam pessoas guiadas unicamente por seus interesses pessoais, e a grande maioria do povo não teria condições intelectuais nem estaria preocupada com questões relativas à participação política, resignando-se unicamente a eleger seus governantes periodicamente. Essa abordagem pode ser resumida da seguinte forma:

Os autores que aderiram a essa escola consideravam que, sob condições modernas, noções como 'bem comum' e 'vontade geral' tinham de ser abandonadas e que o pluralismo de interesses e valores precisava ser reconhecido como co-extensivo à própria idéia de 'povo'. Além disso, dado que em sua perspectiva o auto-interesse era o que levava os indivíduos a agir – não a crença moral segundo a qual eles deveriam agir conforme os interesses e as preferências que deveriam constituir os parâmetros pelos quais os partidos políticos organizar-se-iam, além de fornecer a matéria a partir da qual a barganha e o voto seriam mobilizados. A participação popular na tomada de decisões deveria, isto sim, ser desencorajada, porquanto poderia ter apenas conseqüências nocivas para o funcionamento do sistema. A estabilidade e a ordem resultariam mais provavelmente do compromisso entre interesses diversos do que da mobilização do povo em direção a um consenso ilusório acerca do bem comum. Como conseqüência, a política democrática foi apartada de sua dimensão normativa, começando a ser concebida em termos puramente instrumentalistas.⁴⁸

⁴⁷ Sem se distanciarem da realidade fática, os autores que defendem uma concepção normativa da democracia compreendem a necessidade de se estabelecerem modelos teóricos cuja função seja orientar as ações e práticas dentro das democracias reais, bem como estabelecer critérios de aferição de legitimidade desses regimes.

⁴⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Trad. Pablo Sanges Ghuetti. In: *Revista de Sociologia e Política: dossiê Democracias e Autoritarismos*, n. 25, Curitiba: UFPR, Nov/2005, p. 12.

Para o modelo de democracia agregativa, a existência de um regime democrático significava apenas a concessão de capacidade política ativa aos cidadãos – ou seja, apenas direito ao voto – a fim de que estes pudessem selecionar e, desta forma, legitimar seus governantes. Essa idéia baseia-se, além do fato de que os cidadãos devem ser deixados livres para buscar sua felicidade em seus negócios particulares, na premissa de que o povo não possui discernimento suficiente para lidar com a coisa pública. Dessas duas constatações infere-se a necessidade da eleição de líderes, ou de representantes do povo. Esse não era o entendimento de pensadores como Rousseau, para quem a representação seria uma alienação da soberania que reside no povo, como acima se afirmou. No entanto, esse foi o modelo prevalecente nas teorias acadêmicas até meados dos anos 70, sem qualquer preocupação em assegurar a real tomada de decisões por parte da população, mas apenas sua representação por eleitos.

Um dos teóricos que se pode encaixar nessa corrente é Max Weber, para quem democracia caracteriza-se “*no máximo, como um meio de escolha daqueles que tomarão as decisões e de coibir seus excessos*”⁴⁹. Para o autor, depois do advento da modernidade, não há mais espaço para uma noção abrangente de “bem comum” ou valores e crenças que possam ser defendidos como os únicos legítimos dentro de uma sociedade. Dessa forma, também não encontra espaço um modelo democrático como o clássico, mas deve-se enfatizar uma visão procedimental da democracia, que consiste em atribuir ao eleitorado apenas a tarefa de escolher seus líderes e confiar exclusivamente a este a atividade política, entendida como a definição das políticas e dos rumos do governo⁵⁰. Weber rechaçava a democracia direta como forma possível de autogoverno em países de grandes dimensões e de organização política mais complexa, porque nesses casos deixar ao povo as decisões mais fundamentais da vida

⁴⁹ HELD, D. *Op. cit.* p. 157. Tradução livre.

⁵⁰ Cf. Idem, p. 128: “For in an age of competing values, where none can be regarded as objectively valid, the idea that political life is founded upon a given or agreed morality cannot be maintained. In these circumstances, the liberal polity can only be defended, Weber held, on *procedural* grounds – grounds which emphasize its importance as a mechanism for promoting the ‘competition of values’ and ‘freedom of choice’ in a rationalized world (...). Democracy is a vital component of the institutional arrangement necessary for the achievement of this end, i.e., for the maintenance of a liberal political culture.”

política do Estado iria gerar grande ineficácia nos resultados. Além disso, a democracia de massas, para ele, carrega consigo o grande perigo da prevalência de interesses puramente emocionais e irracionais na política⁵¹, contrariando a necessidade de decisões baseadas em critérios racionais, as quais exigem, como pressuposto, que haja um pequeno número de pessoas aptas a debater o tema, e que estes tenham sua responsabilidade claramente definida perante o eleitorado⁵².

Para o teórico alemão, portanto, a soberania sempre deveria ser exercida por meio de representantes, logo, a figura do Parlamento representava um dos pontos centrais de sua teoria democrática, como um espaço de debate público, de negociações e de exposição dos valores em competição. Entretanto, estamos aqui longe da visão que o modelo clássico tem acerca das casas legislativas. Embora ressalte o papel dos debates e das argumentações no espaço parlamentar, para Weber a função primordial dos Parlamentos é a seleção dos líderes políticos. Em suas palavras:

Somente esta escola de trabalho intenso nas realidades da administração, pela qual tem que passar o político nas comissões de um poderoso Parlamento ativo e na qual tem que provar sua capacidade, transforma a assembléia em um lugar de seleção não de meros demagogos, mas sim de políticos que trabalham objetivamente (...).⁵³

Para Weber, a democracia de massas fez emergir a força dos partidos políticos, como atores centrais dentro do Parlamento moderno, cuja tarefa essencial consiste em obter votos nas eleições para cargos políticos⁵⁴. O papel do eleitorado, nessa concepção, resta deveras reduzido, pois “*só entra em consideração na medida em que eles [os partidos] são adaptados e escolhidos segundo as possibilidades de atrair seus votos*”⁵⁵. Dada a constatação de que a atividade política é do interesse de poucos, duas figuras surgem, na democracia de massas, como centrais ao exercício do poder político, e extremamente vinculadas aos partidos, na qualidade de políticos

⁵¹ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. V.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 579: “As ‘massas’, como tais (quaisquer que sejam as camadas sociais das quais se compõem no caso concreto), ‘somente pensam até depois de amanhã’”.

⁵² Idem.

⁵³ Idem, p. 566.

⁵⁴ Idem, p. 544.

⁵⁵ Idem.

profissionais. A primeira delas é a figura do líder, escolhido pelo partido para exercer sua direção e para galgar os cargos políticos mais importantes dentro do Estado. A segunda é a figura do *boss*, uma espécie de empresário político cuja função consiste em angariar apoio e finanças ao partido, a fim de mantê-lo ativo na luta pela conquista dos votos populares⁵⁶.

Utilizando-se de muitas das idéias originalmente presentes na obra de Weber, o austríaco Joseph A. Schumpeter é considerado pela teoria política como o maior expoente do modelo de democracia agregativa, ou modelo elitista-competitivo. Para ele, a democracia era um *método*, que consistia na descoberta de novas formas que assegurem a eleição do melhor líder⁵⁷; a democracia, portanto, resumir-se-ia a uma luta entre partidos pela chegada ao mandato político.

O autor definia assim o papel do eleitorado:

(...) os eleitores não decidem casos. Tampouco escolhem com independência, entre a população elegível, os membros do parlamento. Em todos os casos, a iniciativa depende do candidato que se apresenta à eleição e do apoio que possa despertar. Os eleitores se limitam a aceitar essa candidatura de preferência a outras, ou a recusar-se a sufragá-la⁵⁸.

Portanto, também em Schumpeter, o procedimento democrático tem como função apenas a legitimação dos líderes eleitos, sem espaço para a realização de uma democracia nos moldes clássicos. A desconfiança na capacidade política do eleitorado é evidente, como esclarece David Held:

Schumpeter characterized the electorate (...) as generally weak, prone to strong emotional impulses, intellectually unable to do anything decisive on their own and susceptible to outside forces. What particularly concerned him was the large range of ordinary circumstances, from a committee meeting to listening to the radio, in which there was a minimum sense of involvement a low level of energy and thought, and great sensitiveness to non-logical influences, circumstances in which any 'attempt at rational argument only spurs the animal spirits'.⁵⁹

Schumpeter, assim como Weber, criticava a noção de uma vontade do povo, o que era, para ele, nada mais que uma construção artificial desprovida de qualquer

⁵⁶ Idem, p. 555.

⁵⁷ Cf. SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 328: "O método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual um indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor".

⁵⁸ Idem, p. 343.

⁵⁹ HELD, D. *Ob. cit.*, p. 144.

racionalidade. Para o autor, o método democrático, da forma como o concebia, apresentava diversas vantagens em relação à teoria clássica da democracia (de inspiração rousseauiana). Em primeiro lugar, a teoria competitiva abre espaço para reconhecer a fundamentalidade do papel da liderança na condução dos debates e na tomada de decisões; para ele, é ilógico pretender atribuir ao povo um grau irrealista de iniciativa e capacidade decisória⁶⁰. A própria teoria pode ser definida como uma luta concorrencial pela liderança, na qual se compete pelo voto livre do eleitorado⁶¹. O autor acreditava no papel de guia a ser exercida pelos partidos políticos, responsáveis pela disputa dos votos das massas a seus candidatos. Schumpeter enquadrava os partidos na figura do *boss*, atores centrais na atividade de captar votos a fim de legitimar as ações políticas dos governantes; logo, mais uma vez, afasta-se da concepção clássica de democracia e da sua forma de compreender o papel dos partidos políticos:

O partido não é, como nos queria convencer a doutrina clássica (ou Edmund Burke), um grupo de homens que tenciona promover o bem-estar público baseado em algum *princípio comum*. (...) O partido é um grupo cujos membros resolvem agir de maneira concertada na luta competitiva pelo poder político. (...) Partido e máquina eleitoral constituem simplesmente a reação ao fato de que a massa eleitoral é incapaz de outra ação que não o *estouro da boiada*. Representam, por conseguinte, uma tentativa de regular a luta eleitoral.⁶²

Assim, os eleitores somente seriam chamados a intervir na política nesse momento, de escolha de seus representantes, mas jamais deveriam interferir nas decisões que estes, após eleitos, tomassem, a fim de evitar os riscos de um governo ineficiente e da instauração do caos ou da ditadura de uma maioria⁶³.

A partir dos anos sessenta, surgem na teoria política os chamados modelos pluralistas de democracia, os quais, de fato, não se distanciam em demasia do modelo agregativo. Eles não divergem em relação à desconfiança quanto à capacidade popular de exercício de uma cidadania ativa, assim como na concepção de democracia como

⁶⁰ SCHUMPETER, J. *Ob. cit.*, p. 328.

⁶¹ *Idem*, p. 329.

⁶² *Idem*, p. 344.

⁶³ Cf. HELD, D. *Ob. cit.*, p. 150: "Not only should electors refrain from trying to instruct their representatives about what they should do but they should also refrain from any attempt to influence their judgement: 'the practice of bombarding them with letters and telegrams for instance ... ought to come under the same ban'(...)! The only means of political participation open to citizens in Schumpeter's theory are discussion and the occasional vote. In his opinion, democracy is most likely to be effective when leaders are able to set the terms of public policy unimpeded by 'back-seat driving'".

um método para a eleição de líderes; no entanto, discordam quanto à necessidade de concentração das decisões nas mãos de um único grupo, a elite política⁶⁴. Para os pluralistas, as *facções* políticas (ou grupos de interesses) desempenhavam um papel central na atividade política, ao disseminar o poder, oferecendo ainda novas demandas e interesses da sociedade para a tentativa de alcance do poder, e protegendo a diversidade de posições e a troca de cargos públicos. Para eles, a existência dessas facções é algo benéfico à democracia, por assegurar a efetiva competição pelo voto popular.

Robert Dahl foi o maior nome dessa corrente, e assim definia a democracia:

Parto do pressuposto de que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. (...) Neste livro, gostaria de reservar o termo 'democracia' para um sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos.⁶⁵

O autor não pretendeu sustentar a tese de que os governos realmente democráticos existiram algum dia, mas, ao revés, utilizava a democracia como um sistema hipotético que servia de parâmetro para avaliar os demais sistemas⁶⁶. Assim, para que um governo pudesse ser considerado responsivo, é necessário que seus cidadãos tivessem as seguintes oportunidades: de formular suas preferências; de expressar suas preferências aos demais e ao governo por meio de atuação individual ou coletiva; e de ter suas preferências igualmente consideradas na condução do governo⁶⁷. O governo que mais se aproximava desse "ideal" democrático seriam as *Poliarquias*, regimes "*substancialmente popularizados e liberalizados*"⁶⁸, ou seja, que permitem a seus cidadãos, por um lado, a maior oportunidade possível de contestação pública, e portanto favorecem a formação da oposição e uma competitividade crescente⁶⁹, e por outro lado, concederia ao maior número possível de indivíduos o

⁶⁴ Cf. Idem, p. 158.

⁶⁵ DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997, p. 25-26.

. Idem, p. 26.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem, p. 31.

⁶⁹ Cf. HELD, D. *Ob. cit.*, p. 163: "He emphasized that while elections and political competition do not make for government by majorities in any very significant way, 'they vastly increase the size, number,

direito de participação⁷⁰. O aumento da competição política aliada à ampliação da participação acarreta mudanças nas lideranças políticas, que passam a conter também membros provenientes dos novos grupos que obtêm o direito de voto⁷¹.

Nas obras posteriores à *Poliarquia*, Dahl apresenta um conceito de democracia que, embora não subverta aquele anteriormente apresentado, aproxima-se mais das teorias igualitárias, ao qualificá-la como uma “*associação onde os membros serão considerados como politicamente iguais*”⁷², e que apresenta os cinco seguintes critérios de verificação: participação efetiva, igualdade de voto, esclarecimento esclarecido (*sic*), controle do programa de planejamento, e inclusão dos adultos⁷³. No entanto, para Dahl, o conteúdo desse direito de participação consistiria no direito de participar em eleições e cargos públicos, ou seja, no direito de votar e de ser votado, sem quaisquer considerações acerca de uma maior participação direta da população no processo de tomada das decisões. O autor também acredita na imprescindibilidade dos líderes, os quais, em sua opinião, devem, possuir uma maior quantidade de conhecimentos políticos que os cidadãos apolíticos⁷⁴, e, por essa razão, sua teoria não pode ser tão distanciada daquela apresentada por Weber e Schumpeter.

1.2 – As teorias deliberativas de democracia

1.2.1. A necessidade de um consenso racional em John Rawls e Jürgen Habermas

Em contraposição ao modelo agregativo de democracia, e sua ênfase nos aspectos descritivos das democracias, emergem no cenário acadêmico, por volta dos anos 70, teorias que buscam a recuperação dos elementos normativos na análise dos regimes democráticos, atribuindo à exacerbação da concepção de democracia como

and variety of minorities whose preferences must be taken into account by leaders in making political policies”.

⁷⁰ Cf. DAHL, R. *Ob. cit.*, p. 11; 29-30.

⁷¹ Idem, p. 42.

⁷² DAHL, R. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 49.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Cf. Ibid., p. 130.

mero método para a seleção de líderes uma das razões para o pouco interesse dos afetados no processo político.

Essas teorias denominam-se como deliberativas, por sua ênfase na busca de um processo público de deliberação como o melhor meio para a realização do autogoverno. Muitas são as concepções englobadas nessa denominação, mas, para os objetivos do presente trabalho, apresentaremos, nesse tópico, apenas a síntese das idéias de Rawls e Habermas, autores analisados e também criticados por Chantal Mouffe, marco teórico da dissertação ora apresentada.

Como ponto em comum às teorias, Mouffe aponta o objetivo de conciliar os ideais democráticos da soberania popular aos direitos individuais de cunho liberal, bem como a defesa da razão pública enquanto forma de se conferir legitimidade à democracia, estabelecendo-se “*uma forte separação [...] entre ‘mero acordo’ e ‘consenso racional’, ao passo que o campo próprio da política é identificado com a troca de argumentos entre pessoas razoáveis guiadas pelo princípio da imparcialidade*”⁷⁵.

Principiemos pela análise do pensamento de Rawls. É necessário ressaltar que após a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, inaugura-se o que Mouffe afirma como sendo “um novo paradigma liberal”⁷⁶, intenção declarada pelo próprio autor ao contrapor-se às teorias utilitaristas predominantes à época em que o livro foi concebido. Nesse sentido, Roberto Gargarella distingue a teoria de John Rawls das demais teorias liberais já desenvolvidas, denominando-a como um *liberalismo igualitário* – corrente dentro da qual se pode incluir Ronald Dworkin e outros – para diferenciá-la do que chama de liberalismo conservador⁷⁷. Explicitamente, Rawls intenta estabelecer uma teoria de justiça que conjugue “a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos”⁷⁸, já que busca um equilíbrio entre a garantia das liberdades individuais e um tratamento igualitário aos cidadãos. Essa tentativa fica ainda mais clara na obra *O liberalismo*

⁷⁵ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Trad. Pablo Sanges Ghuetti. In: *Revista de Sociologia e Política*: dossiê Democracias e Autoritarismos, n. 25, Curitiba: UFPR, Nov/2005, p. 11-23.

⁷⁶ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 40.

⁷⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias de justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷⁸ Cf. MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A idéia de liberalismo político em Rawls: uma concepção política de justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 270-271.

político, na qual alguns dos conceitos fundamentais apresentados em sua teoria da justiça foram revistos, em razão dos muitos diálogos estabelecidos pelo autor.

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls considera que as instituições sociais precisam, antes de tudo, ser justas, e nesse sentido busca estabelecer um “conceito público de justiça” a fim de aferir se a sociedade considerada pode ser ou não tida como justa. É nesse sentido, a partir de um posicionamento nitidamente contratualista, que o autor estabelece dois princípios de justiça, que servirão como critérios para a avaliação dessas instituições, os quais são formulados da seguinte maneira:

O primeiro dos dois princípios poderia ser formulado como segue: primeiro – cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. Segundo – as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma a que ambas (a) correspondam à expectativa de que trarão vantagens para todos, e (b) que sejam ligadas a posições e a órgãos abertos a todos.⁷⁹

Assim, constrói sua concepção de “*justiça como equidade*”, um modo de ver tais princípios de justiça – o primeiro, ligado à proteção dos direitos individuais e das liberdades, e o segundo, vinculado à busca de igualdade sócio-econômica e política – como elaborados por pessoas racionais e livres, as quais, numa posição de igualdade, iriam definir os termos da associação política na qual vivem⁸⁰. Para tanto, Rawls desenvolve a idéia da “*posição original*”, uma formulação de matriz contratualista, que permite conceber que as pessoas estabeleçam acordos racionais que levarão aos princípios de justiça acima definidos, por meio de representantes⁸¹. Para atingir tal intento, essas pessoas devem ser livres e iguais, a fim de evitar a busca de privilégios à sua condição na sociedade. Essa situação é alcançada porque aqueles que discutirão acerca dos princípios estarão sob um “*véu de ignorância*”, que servirá para anular a

⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.p. 67. É preciso ressaltar, contudo, que esses princípios foram reformulados em *O liberalismo político*. (Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981), agora com o seguinte conteúdo, p. 47-48: “a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.”

⁸⁰ Idem, p. 33.

⁸¹ Cf. Idem, p. 37-40.

interferência das condições econômicas e sociais no procedimento, já que as partes “*não sabem como as várias alternativas afetarão seu caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios tão só à base de considerações gerais*”⁸².

A preocupação do autor é no sentido de que, “*dado o pluralismo razoável da cultura democrática, o objetivo do liberalismo político consiste em descobrir em que condições é possível haver uma base de justificação pública razoável no tocante a questões políticas fundamentais*”⁸³. Para o autor, o liberalismo político precisa enfrentar a existência de diversas concepções de bem na sociedade, assim como precisa reconhecer que, dentre todas essas noções, aquelas que podem ser consideradas razoáveis coexistem no corpo social, e que esse conflito mostra-se “*latente e irreconciliável*”⁸⁴. Dado o fato do “*pluralismo razoável*”, pretende Rawls demonstrar que, ainda assim, é possível que as pessoas estabeleçam acordos acerca dos princípios de justiça, e isso é conseguido por meio da noção de “*consenso sobreposto*”, que consiste no encontro de pontos de convergência entre as diversas concepções razoáveis de bem, como explica Gargarella:

Segundo Rawls, o consenso sobreposto refere-se a um acordo entre pessoas razoáveis que só aceitam doutrinas abrangentes razoáveis. Nesse sentido, o consenso sobreposto aparece como a única forma de permitir que, em um contexto ‘pluralista’, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública da justiça: esse consenso só pode ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos.⁸⁵

Nesse íterim, Rawls estabelece o conceito de razão pública, como forma específica de racionalidade dos cidadãos democráticos⁸⁶. A razão pública possui duas tarefas fundamentais dentro de um regime democrático:

(...) dado o fato do pluralismo razoável, o que o trabalho de reconciliação mediante a razão pública faz, possibilitando-nos evitar apelar para doutrinas gerais e abrangentes, são duas coisas. Em primeiro lugar, identifica o papel fundamental dos valores políticos, ao expressar os termos de uma cooperação social equitativa coerente com o respeito mútuo entre cidadãos considerados

⁸² Idem, p. 119.

⁸³ RAWLS, J. *O liberalismo político*, p. 27.

⁸⁴ Idem, p. 34.

⁸⁵ GARGARELLA, R. *Ob. cit.*, p. 231.

⁸⁶ Cf. RAWLS, J. *O liberalismo...*, p. 261: “A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir.”

livres e iguais; e, em segundo, descobre uma área de concordância suficientemente ampla entre os valores políticos e os outros valores que fazem parte de um consenso sobreposto razoável.⁸⁷

Dentro dessa visão liberal, Rawls vincula a legitimidade do sistema político à circunstância desse poder ser exercido de acordo com uma constituição, “*cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum*”⁸⁸. Esse modelo de democracia liberal proposta pelo autor, baseado numa concepção política de justiça, centra-se na busca pela cooperação política entre os cidadãos, de forma a possibilitar a formação de um consenso constitucional; nesse sentido, as questões geradoras de dissenso na esfera pública são retiradas da agenda de discussões, a fim de não impedir a formação dessa cooperação social⁸⁹.

Logo, enquanto para Rawls a questão da adesão, por parte dos cidadãos, ao ideário democrático vem vinculada aos princípios de justiça, os quais asseguram as condições para a obtenção de um consenso razoável, em Habermas, de outra parte, a questão essencial para a democracia consiste na legitimidade, obtida por meio de consensos argumentativos por meio dos quais a força dos melhores argumentos – mais razoáveis, portanto – prevalece.

Um dos expoentes mais profícuos da teoria do discurso, centrado num agir comunicativo⁹⁰ que possibilite aos homens um mútuo entendimento, Habermas apresenta em suas teorizações um intento claro na retomada daquilo que se convencionou como o *projeto político da modernidade*, ou seja, na recuperação da conjugação dos ideais de liberdade negativa e positiva, inserindo-se inegavelmente numa tradição democrático-liberal. Para o autor, é na idéia de racionalidade que a possibilidade de um repensar da democracia liberal emerge, utilizando-se da linguagem como instrumento emancipador do homem:

⁸⁷ Idem, p. 204.

⁸⁸ Idem, p. 182.

⁸⁹ Idem, p. 203.

⁹⁰ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: lúmen Juris, 2006, p. 90: “O agir comunicativo é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceito por no mínimo dois interlocutores.”

Na base da concepção habermasiana de democracia está uma tentativa de repensar o projeto político da modernidade, fundado na idéia de racionalidade. Este autor defende, mediante a teoria da ação comunicativa, uma teoria da racionalidade que poderia ser chamada de pós-metafísica (por pós-metafísica pode-se entender os grandes sistemas de racionalidade, desde Tomás de Aquino, até a filosofia da história e a filosofia da consciência). A ideia é a de uma racionalidade articulada intersubjetivamente na comunicação e que se orienta para a compreensão mútua.⁹¹

Portanto, busca Habermas conciliar os elementos de tensão inerentes à democracia liberal: de um lado, a postura liberal, que sustenta a necessidade de garantia dos direitos e liberdades fundamentais, inerentes à constituição do sujeito moderno; de outra parte, a postura republicana, que assevera a premência em se assegurar a soberania popular e os direitos de participação dos cidadãos, na construção de um autogoverno⁹². O autor apresenta, então, uma proposta de co-

⁹¹ KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: SER/UFPR, n.1, 2004, p. 46.

⁹² Habermas afirma que tanto a interpretação liberal como a republicana falham ao pretender solucionar a tensão existente entre Estado de Direito e democracia, intento que somente obtém sucesso com a teoria do discurso e sua interpretação procedimental. Em relação à interpretação liberal, que apresenta a existência de uma constituição como exigência fundamental em países democráticos a fim de conferir legitimidade às leis, afirma o autor que “[o] fato de a constituição ser, de certo modo, inerente à democracia, pode ser tido como evidente por si mesmo. Mas o argumento apresentado não é suficiente para a fundamentação, porque se refere somente à parte da lei fundamental imediatamente constitutiva para a entronização da formação democrática da opinião e da vontade, ou seja, refere-se aos direitos políticos de participação e de comunicação. Ora, o núcleo dos direitos fundamentais é formado pelos clássicos direitos de liberdade: *habeas corpus*, o direito ao livre exercício da religião, direitos de propriedade, em síntese todos os direitos de liberdade que garantem uma formação autônoma da vida e a persecução do próprio bem-estar (*pursuit of hapiness*). Esses direitos fundamentais protegem, evidentemente, bens que possuem valor *intrínseco*. Por isso, eles não se esgotam na função instrumental que podem vir a ter no exercício dos direitos políticos dos cidadãos. E, uma vez que as liberdades clássicas não têm o sentido primário de promover a qualificação de cidadãos, o fato de os direitos fundamentais liberais tornarem possível a democracia não basta para demonstrar que eles tornam viável a democracia – o que, no entanto, seria suficiente para os direitos fundamentais políticos”. De outra parte, Habermas também critica a noção republicana, que confere primazia à democracia em relação ao Estado de Direito: “[na] interpretação republicana, a substância da constituição tem que emergir de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos; caso contrário, ela entraria em conflito com a soberania do povo. Entretanto, neste caso, teríamos que conceber a autodeterminação democrática como um auto-entendimento político-ético, não coagido, de um povo acostumado à liberdade. Sob esta condição, os princípios do Estado de direito não seriam prejudicados, pois seriam reconhecidos como parte integrante de um *ethos democrático*. Eles estariam enraizados, de modo muito mais duradouro e livre, nos motivos e sentimentos dos cidadãos, do que no caso de uma imunização jurídica formal contra a vontade de maiorias tirânicas que pretendem modificar a constituição. Todavia, essa consideração cai numa *petitio principis*, pois introduz na história das mentalidades e na cultura política da comunidade, as orientações valorativas liberais que tornam supérflua a imposição do direito através de costumes e da autoligação moral”. (HABERMAS, J. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159-160).

originalidade entre autonomia privada e pública, ou seja, entre a proteção dos direitos e a soberania privada. Habermas defende que nem os direitos podem ser considerados prévios à soberania, nem esta pode ser considerada fundamento daqueles; eles são co-originais, ou seja, somente a proteção de um assegura o desenvolvimento e expressão do outro. Mediante a consideração do Princípio do Discurso⁹³, Habermas pretende demonstrar que somente existe a possibilidade de um autogoverno e, conseqüentemente, do estabelecimento de um sistema dos direitos, se todos os atingidos puderem avaliar a legitimidade das leis que os regulam, ou seja, se puderem ser, ao mesmo tempo, autores e destinatários de seus direitos:

(...) se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. (...) A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.⁹⁴

Portanto, os direitos fundamentais, dentro desse esquema habermasiano, são, ao mesmo tempo, condição e resultado do procedimento discursivo. Como esclarece Álvaro Ricardo de Souza Cruz, enquanto condição para o discurso, os direitos fundamentais mostram-se em sua dimensão procedimental; entretanto, quando se compreende esses direitos como conseqüência dos discursos legislativo e/ou judicial, eles passam a se sustentar em uma dimensão valorativa substantiva⁹⁵. Essa circunstância de os cidadãos figurarem, simultaneamente, como autores e destinatários

⁹³ “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

⁹⁴ Idem, p. 138-139.

⁹⁵ CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 168. :

de direitos se desenvolve dentro de uma *esfera pública*, conceito reformulado por Habermas, que define a intersecção entre Estado e sociedade, e que consiste na existência de fóruns públicos destinados à formação discursiva da opinião pública⁹⁶.

É nesse ínterim que se compreende de que forma a legitimidade pode surgir da legalidade para Habermas. Ora, para o autor, existe uma conexão entre direito e moral, na medida em que esta última confere legitimidade às normas jurídicas, que não se sustentam apenas pela coerção⁹⁷. Isso ocorre porque, no contexto discursivo, a moral não mais expressa valores substantivos, mas sim um conjunto de procedimentos, com pretensão de universalidade, que servem de critério ao processo discursivo mediado pelo campo jurídico. Essa mediação é justamente realizada pelos direitos fundamentais, em sua qualidade de condição do discurso e, dessa forma, a legalidade não pode mais ser vista como mera expressão do direito posto, mas sim como fonte de legitimidade de um sistema jurídico válido porque pode ser fundamentado de modo discursivo⁹⁸. Nas palavras do autor:

La cuestión de la legitimidad de la legalidad ha hecho que en nuestras consideraciones, quedara hasta ahora en primer plano el tema “derecho y moral”. (...) más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultaneo entrelazamiento de derecho y moral. Este se produce porque en el Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. La moral ya no flota sobre el derecho (...) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Mas esta moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado e ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental e una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente. (...) La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación de modo que esta quede atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una política de fundamentación y justificación, que también puede llegar a trascender la letra del derecho vigente, de forma no previsible por este.⁹⁹

⁹⁶ HABERMAS, J. *Direito e Democracia...*, v. II, p. 94: “A ‘qualidade’ de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação. Vista pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para a legitimidade da influencia exercida por opiniões públicas sobre o sistema político”.

⁹⁷ Cf. CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 129-130.

⁹⁸ Cf. Idem, p. 168-169.

⁹⁹ HABERMAS, J. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante, n. 5, 1988, p. 42-43.

Habermas concorda com Rawls, no sentido de que a modernidade acarretou o fim da possibilidade de que uma comunidade política constitua-se por meio de uma única concepção de bem; para ele, também o “fato do pluralismo” mostra-se como consequência inseparável da consolidação dos regimes democrático-liberais. Contudo, enquanto Rawls apresenta uma visão substancialista da democracia, calcada nos resultados a serem obtidos mediante a aplicação de seus princípios de justiça, Habermas defende uma concepção procedimentalista de democracia, calcada na manutenção dos pressupostos comunicativos que irão permitir, por meio da livre discussão de argumentos racionais, a obtenção do melhor caminho a seguir¹⁰⁰. Considerando que as sociedades contemporâneas se encontram dentro de uma moralidade pós-convencional – na qual as ações e normas devem, para ser aceitas, ser justificadas por princípios universais¹⁰¹ –, Habermas centra a legitimidade do discurso no procedimento, e não no conteúdo a ser obtido por meio da deliberação pública¹⁰².

Em sua concepção de democracia deliberativa, importa, portanto, inquirir acerca das condições procedimentais necessárias para a formação de um consenso racional acerca dos temas políticos de relevância fundamental, por meio da seleção dos melhores argumentos razoáveis. Trata-se, então, de assegurar a participação livre – sem qualquer tipo de coerção – e em igualdade de condições de todos os afetados pelas matérias em debate. Seyla Benhabib resume as condições procedimentais para a tomada de decisões válidas (e legítimas):

The basic idea behind this model is that only norms (i.e., general rules of action and institutional arrangements) can be said to be valid (i.e., morally binding), which would be agreed to by all those affected by their consequences, if such agreement were reached as a consequence of a process of deliberation that had the following features: 1) participation in such deliberation is governed by the norms of equality and symmetry; all have the same chances to initiate speech

¹⁰⁰ Cf. HABERMAS, J. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and Difference: Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University, 1996, p. 25: “In contrast to the ethical constriction of political discourse, the concept of deliberative politics acquires empirical reference only when we take account of the multiplicity of communicative forms of rational political will-formation. It is not discourse of an ethical type that could grant on his own the democratic genesis of law. Instead, deliberative politics should be conceived as a syndrome that depends on a network of fairly regulated bargaining processes and of various forms of argumentation, including pragmatic, ethical and moral discourses, each of which relies on different communicative presuppositions and procedures.”

¹⁰¹ CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 77.

¹⁰² Idem, p. 91.

acts, to question, to interrogate and to open debate; 2) all have the right to question the assigned topics of conversation; and 3) all have the right to initiate reflexive arguments about the very rules of the discourse procedure and the way in which they are applied or carried out.¹⁰³

A centralidade da teoria da democracia deliberativa em Habermas reside, portanto, na observância de procedimentos que garantam a imparcialidade, a fim de se gerar um “poder comunicativo capaz” de estabelecer uma zona de influencia entre os debates ocorridos nas esferas intersubjetivas não institucionais (esfera pública) e as decisões tomadas nas esferas institucionais (governo). Os defensores dessa concepção têm consciência de que essa “situação ideal de fala” não se verifica na realidade, mas utilizam esse ideal regulativo como forma de avaliar a correção dos processos de deliberação pública, pois *“quanto mais igual e imparcial, mas aberto será o processo; quanto menos os participantes são coagidos e prontos para serem guiados pela força do melhor argumento, mais os interesses verdadeiramente generalizáveis poderão ser aceitos por todos os afetados de modo relevante.”*¹⁰⁴

1.2.2. A democracia deliberativa de Carlos S. Nino

Da Argentina, vem a teoria de democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino. Nino era professor de disciplinas jurídicas, mas concebe um modelo democrático a fim de compatibilizar a jurisdição constitucional com a necessidade de respeito à soberania popular. Um conceito de democracia deliberativa, para Nino, pode ser aquele exposto por Roberto Gargarella, caracterizada por dois elementos:

(...) primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere de la aprobación de decisiones públicas luego de un amplio proceso de *discusión colectiva*. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de *todos aquellos que se verían potencialmente afectados* por las decisiones en juego.¹⁰⁵

¹⁰³ BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, S (ed.). *Ob. cit.*, p. 70.

¹⁰⁴ MOUFFE, C. *Por um modelo...*, p. 14.

¹⁰⁵ GARGARELLA, R. ¿Democracia deliberativa u judicialización de los derechos sociales? In: *En derecho a la igualdad*. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004, p. 131.

Portanto, a visão deliberativa de democracia exige uma ampla participação da sociedade no processo decisório, a fim de que as decisões estejam fulcradas num consenso social apto a gerar legitimidade a esses atos¹⁰⁶.

É na obra *La constitución de la democracia deliberativa* que Nino sintetiza suas idéias sobre a justificação da democracia, bem como sua conjugação contemporânea com o elemento liberal do constitucionalismo; eis a razão pela qual ela servirá de guia a esta parte da exposição.

Para Nino, a relação entre democracia e constitucionalismo – ínsita ao modelo de democracia constitucional das sociedades contemporâneas ocidentais – é complexa, na medida em que a expansão de um desses elementos representa o enfraquecimento do outro. Ainda que quase nenhum pensador liberal negue que a democracia seja o único sistema legítimo de governo, existe pouco consenso acerca de qual é a origem dessa legitimidade, *locus* no qual, para o autor, se encaixam questões como saber se a democracia é procedimento ou substância, se é um processo político independente da moral, dentre outras questões relevantes. De acordo com a resposta que se ofereça a essas perguntas, surgem modelos distintos de democracia, os quais, por sua vez, implicarão diferentes relações com o constitucionalismo¹⁰⁷.

Para Nino, a democracia deve ser tida como um conceito normativo, inseparável, logo, da dimensão do dever-ser, como se demonstra por meio das diversas questões postas quando da tentativa de identificar as instituições democráticas apropriadas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Tanto Nino como Gargarella reconhecem a extrema dificuldade de se garantir, nas democracias reais, a tomada de decisões por procedimentos que garantam o respeito ao princípio majoritário e a imparcialidade; no entanto, em vez do afastamento do ideal participativo, como fizeram os teóricos do modelo agregativo, os deliberativos defendem a ampliação dos mecanismos institucionais de participação e deliberação. Cf. Idem, p. 133: “Tales dificultades deberían conseguir que los demócratas deliberativos se opusieran a decisiones que i) terminan debilitando la deliberación presente o futura (*decisiones restrictivas de la deliberación*); ii) son producto de un sistema deliberativo disfuncional (decisiones que resultan de un *procedimiento viciado*); o iii) son el resultado circunstancial de un proceso que tampoco aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*)”.

¹⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 14.

¹⁰⁸ Idem, p. 23: “¿Es la democracia el fenómeno de la representación o es, en cambio, una institución auxiliar impuesta por las dificultades de la democracia directa en una sociedad de grandes dimensiones? ¿Es la separación de los poderes ejecutivo y legislativo inherente a ella, o es éste un diseño institucional opcional que no resulta adoptado en democracias parlamentares sin que exista una pérdida significativa? ¿Implica la democracia el reconocimiento de un *bill of rights* como límite a las

Ele conclui, portanto, pela inexistência de instituições distintivas da democracia desvinculadas de uma teoria valorativa que justifica as escolhas¹⁰⁹. Daí advém, para o autor, a preocupação com as questões relativas à legitimidade objetiva do governo, centrada naquilo que o torna moralmente justificado, independentemente das crenças dos cidadãos¹¹⁰.

Assim como Rawls e Habermas, Nino concebe política e moral como interconectadas e a democracia como a moralização das preferências das pessoas; portanto, seu valor reside na natureza epistêmica com respeito à moralidade social¹¹¹. Ele se mostra filiado a um *construtivismo epistemológico*, e, nesse sentido, Nino apresenta uma crítica às concepções deliberativas de Rawls e Habermas. Para Nino, Rawls recorre a quase todos os argumentos para dar uma justificação intersubjetiva aos princípios morais, seja o consentimento, as intuições, etc. Se se assume que sua justificação básica são os pressupostos formais e os limites do raciocínio moral, a teoria de Rawls começa a se encaixar, até levar à conclusão de que um juízo moral é verdadeiro quando deriva de um princípio aceito na posição original. Mas o modo como se alcança essa verdade não fica claro na teoria rawlsiana, pois ainda que a reflexão individual permita que se chegue à verdade moral, é preciso conferir valor à troca de opiniões com outras pessoas.¹¹²

decisiones mayoritarias y puesto en vigor por medio de instituciones independientes tales como la Corte Suprema, o es la democracia compatible con la completa soberanía de parlamento? ¿Son los partidos políticos instituciones distintivas de la democracia, o son ellos innecesarios en una democracia más perfecta? ¿Es el sistema electoral proporcional el método más adecuado para lograr la representación democrática, o es sólo una de las diversas alternativas que deben ser elegidas por razones técnicas?”

¹⁰⁹ Idem, p. 23-24. Aqui, Nino aproxima-se de Dworkin, no sentido de conceber que a democracia é uma prática social que consiste em uma conduta regular e atitudes previsíveis, que se encontram orientadas interpretativamente por um certo valor.

¹¹⁰ Idem, p. 22.

¹¹¹ Idem, p. 154.

¹¹² Idem, p. 155-157. Na obra *Derecho, Moral y Política*, essa crítica à concepção ao individualismo epistêmico de Rawls é mais explícita: “(...) El defecto más serio de esta posición es que, por más sabia que pueda ser una persona, es muy difícil que, por su propia reflexión, y sin discusión y decisión compartidas con los otros interesados, llegue a una posición de imparcialidad. Esto es así por la dificultad de representarse con la suficiente vivacidad y de calibrar, en su justo peso, los intereses de todas las demás personas involucradas en un conflicto, sobre todo cuando éstas demás ocupan posiciones sociales lejanas a las de la persona en cuestión. En ello no sólo intervienen barreras sociológicas y psicológicas, sino incluso lógicas, puesto que los intereses de los individuos, a diferencia de sus meros deseos, implican decisiones sobre cómo jerarquizar tales deseos, decisiones que sólo pueden tomar los individuos involucrados cuando se ven llamados a orientar sus acciones.” (NINO, C. S. *Derecho, Moral y Política*: una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, 1994, p. 174.)

Já Habermas centra sua análise no discurso prático, constituído por interações comunicativas entre os participantes a fim de obter um consenso; é esse discurso que assegura a imparcialidade. Ele critica Rawls por colocar o princípio da imparcialidade no juízo moral individual – quando a pessoa apenas se coloca na posição originária – já que defende que a argumentação moral requer um esforço cooperativo dos participantes. A ideia de imparcialidade necessita de um juízo imparcial acerca dos interesses de todas as pessoas envolvidas, o que o coloca como um *construtivista epistemológico*, pois deriva a validade dos juízos morais do processo de sua elaboração, não de seus resultados. Portanto, enquanto para Rawls a validade dos juízos morais reside na satisfação da imparcialidade, para Habermas faz-se necessário um consenso construído pela regra de imparcialidade.¹¹³

Nino adota concepções distintas desses autores. Como princípio ontológico, ele assume que *“a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva para obter cooperação e evitar conflitos”*; já como princípio epistemológico, defende que *“a discussão e decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais confiável para acessar a verdade moral, pois o intercâmbio de ideias e a necessidade de oferecer justificações aos outros ajuda a satisfazer o requerimento de atenção imparcial aos interesses de todos os afetados”*. Portanto, ele evita tanto o risco de um elitismo moral – já que Rawls não evita depositar confiança em decisões individuais em detrimento das coletivas – quanto o populismo moral – risco no qual a teoria habermasiana pode cair, ao exigir um consenso para o alcance da verdade moral, bem como por asseverar que a discussão pública consiste no único meio para se chegar a decisões justas. Nino defende a necessidade de uma prática social como base empírica para a verdade moral, e o fato de que esta seja definida em relação a seus pressupostos explica a argumentação como um intento de conformar os resultados obtidos a esses pressupostos. Sua tese consiste no método mais confiável de aproximação à verdade moral, mas não no único, pois não é impossível que um juízo individual alcance resultados mais corretos que aqueles alcançados pela

¹¹³ NINO, C. S. *La Constitución...*, p. 157-160.

discussão coletiva, o que explica a contribuição individual e a reabertura legítima dos debates.¹¹⁴

Ainda em relação ao valor epistêmico da democracia, Nino ressalta que a unanimidade parece ser um equivalente funcional da imparcialidade; contudo, como aquela é um resultado difícil de alcançar, é preciso analisar se a regra da maioria – que Nino denomina como *o segundo melhor* – garante essa imparcialidade também, pela possibilidade de que a maioria não leve em conta os interesses da minoria. Essa passagem da unanimidade à regra da maioria não ocorre pela impossibilidade de se alcançar o consenso de todos, mas pela necessidade de se tomar uma decisão num tempo determinado. Assim, para Nino, “*la democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo*”¹¹⁵. Essa passagem da unanimidade à regra da maioria deve estar acompanhada pela idéia de que a imparcialidade não poderia ser mais bem preservada por qualquer outro meio¹¹⁶.

Para Nino, existe uma tendência coletiva à imparcialidade, que ocorre dentro de um processo de discussão e decisão majoritária. Contudo, ele rejeita uma identificação simplista entre a regra da maioria e a imparcialidade. Quando um conflito de direito de mesma hierarquia ocorre, e não pode ser superado de outra forma, o resultado moralmente correto é aquele que maximize a satisfação dos bens protegidos por esses direitos; aqui, o apoio majoritário para essa decisão é indicativo de sua correção, pelo pressuposto de que um maior número de interesses é atendido¹¹⁷.

A capacidade do coletivo em detectar decisões moralmente corretas depende de diversos pressupostos, quais sejam:

¹¹⁴ Idem, p. 160-166. É pertinente, aqui, a citação de outro trecho da obra *Derecho, Moral y Política*, p. 176: “Me parece (...) que la única manera de obviar las inadecuaciones, tanto del individualismo como del colectivismo epistémico en materia moral, es adoptar una posición intermedia: la que sostiene que el consenso efectivo es una forma *privilegiada* de conocimiento moral, ya que cuando hay consenso unánime sobre cierta solución moral, después de un proceso de discusión, hay una altísima probabilidad de que la solución sea efectivamente correcta, o sea, imparcial, ya que si cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, el consenso de todos es un indicio sumamente fiable sobre cuál sea la solución que satisfaga imparcialmente los intereses de todos.”

¹¹⁵ Idem, p. 167.

¹¹⁶ Idem, p. 168.

¹¹⁷ Idem, p. 178-180.

que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen en una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.¹¹⁸

O grau de valor epistêmico depende do alcance desses pressupostos. Esse valor deve ser comparado com o valor epistêmico de nossas próprias decisões, geralmente baixo pela incapacidade em nos colocarmos no lugar do outro. O valor epistêmico da democracia, portanto, é o que nos oferece a razão para obedecer uma decisão ainda quando ela não é compatível com nossa reflexão individual. Nino enfatiza que o valor epistêmico do processo democrático não se estende a todos os temas, como os científicos, nem à totalidade da dimensão moral, mas apenas aqueles princípios intersubjetivos, sem qualquer interferência nos ideais pessoais de vida, ou seja, na moral privada dos indivíduos¹¹⁹. Segundo o autor:

(...) el valor epistémico general de la democracia provee una razón para obedecer la decisión democrática aun en aquellos casos donde nuestra reflexión individual nos dice con certeza que la decisión es equivocada. Si ignoramos el resultado de la discusión colectiva y la decisión mayoritaria cada vez que nuestra reflexión en forma aislada nos dice que ella está equivocada, estamos dando prioridad a la reflexión y obedeciendo la decisión de la mayoría sólo cuando ésta coincide con nuestro propio pensamiento. Esto claramente contradiría nuestra conclusión de que el proceso democrático de discusión y decisión es generalmente más confiable epistémicamente que el proceso de reflexión aislada de cualquier individuo. De acuerdo con ello, debemos observar el resultado del proceso democrático aun en el caso en que estemos seguros de que está equivocado, siempre que se den las condiciones sobre las cuales se basa su valor epistémico.¹²⁰

Nino aponta duas questões a serem observadas quando se tem em consideração as democracias reais. A primeira delas refere-se à representação, indispensável em comunidades políticas tão grandes e cujos habitantes não dispõem de tempo infundável. O professor argentino entende a representação como um mal necessário, sendo preciso minimizar suas consequências danosas, concebendo-a no sentido de uma delegação a fim de continuar os debates públicos iniciados durante o debate eleitoral. Os partidos políticos, como se organizam em torno a posições ideológicas distintas, podem atuar como intermediários nesse processo, ao se afastar

¹¹⁸ Idem, p. 180.

¹¹⁹ Idem, p. 180-181.

¹²⁰ Idem, p. 181-182.

da defesa de interesses puramente corporativos¹²¹. O segundo problema reside na questão da inclusão, restando imperioso definir quem pode participar desse processo de discussão coletiva e decisão majoritária para que a democracia conserve seu valor epistêmico. Para o autor, uma sociedade política deveria incluir a todos aqueles cujos interesses estejam em jogo num conflito e que possam ser afetados pela decisão. Embora se admita a exclusão de menores e incapazes do processo decisório, pois não podem justificar seus interesses frente aos outros, não há justificativa, por exemplo, para a exclusão dos encarcerados em relação ao processo de tomada de decisões¹²².

Contudo, o autor visualiza, mesmo nas democracias reais, elementos que permitem sustentar seu valor epistêmico:

De cualquier modo, pienso que algo del valor epistémico del discurso moral informal se preserva en las democracias institucionalizadas, aun en las muy imperfectas 'democracias reales'. En primer lugar, la participación de todos los interesados en el procedimiento democrático de discusión permite a los demás conocer los intereses de cada uno, atenuándose, así, el riesgo de mera ignorancia que muchas veces explica la parcialidad de dictaduras bien intencionadas. En segundo término, el debate democrático implica no sólo hacer conocer a los demás los intereses de cada uno, sino también intentar *justificar* esos intereses frente a los demás, y esto impone un límite a la parcialidad de las posiciones que se pueden desarrollar, ya que, si bien no puede exigirse que todos den justificaciones válidas – sería algo absurdo porque impediría toda discusión –, es importante observar que no se admite como justificación cualquier cosa que se haga o diga en el contexto de la discusión. En tercer término, el debate democrático suele ir acompañado de actitudes emotivas que, aunque bajo ciertas condiciones pueden conducir a movimientos irracionales, bajo otras condiciones que deben ser promovidas incentivan la búsqueda de la imparcialidad, como la simpatía hacia la situación de otros, la vergüenza cuando se descubre en el debate un autointerés, etc. En cuarto término, obviamente, el debate democrático, como toda discusión, ayuda a corregir errores lógicos o facticos que puedan haber determinado la propuesta de una cierta solución. En quinto lugar, el procedimiento de decisión mayoritaria promueve un comportamiento estratégico – que no queda excluido por el hecho de estar enmarcado por la necesidad de justificación – que lleva, entre otras cosas, a intentar lograr el apoyo de la postura defendida por mayor número de partícipes, por miedo a que se rompa la coalición mayoritaria debido a la seducción que puedan ejercer minorías imaginadas sobre partes de dicha coalición. Finalmente, se los factores anteriores determinan una mayor tendencia individual hacia la imparcialidad, son aplicables teoremas como los de Condorcet, que proyectan esa tendencia al plano colectivo, ya que predicen la mayor probabilidad de que la decisión colectiva sea imparcial cuanto mayor apoyo tenga.¹²³

Para Nino, justifica-se a superioridade epistêmica de sua noção de democracia deliberativa porque supera diversos problemas que surgem quando da análise de

¹²¹ Idem, p. 183-185.

¹²² Idem, p. 185-187.

¹²³ NINO, C. S. *Derecho...*, p. 184-185.

outros modelos de democracia. Pela concepção de democracia deliberativa, supera-se o que o autor denomina como paradoxo da irrelevância do governo, vez que as leis sancionadas não justificam, por elas mesmas, as ações e decisões; essas leis provêm razões para a crença de que existam razões para atuar ou decidir que não elas próprias¹²⁴.

Outros dois problemas mais bem trabalhados dentro de uma teoria deliberativa da democracia são a relação com dimensão ideal substantiva da constituição, ou seja, com a constituição ideal dos direitos, e a preservação da prática constitucional. Contudo, esses dois aspectos serão devidamente retomados no terceiro capítulo, após a análise das imbricações teóricas do constitucionalismo, no segundo capítulo. Desde já, no entanto, é imperioso ressaltar que, inserindo-se na corrente liberal-igualitária (tal como Rawls e Dworkin), Nino não defende apenas a necessidade de consideração dos direitos individuais como imbricados no procedimento democrático; para ele, também os direitos chamados sociais constituem condições para a garantia de uma livre deliberação, com iguais oportunidades de participação para todos. Esse aspecto também será objeto de considerações mais específicas abaixo.

¹²⁴ Idem, p. 187. Quando trata da irrelevância do direito, de uma forma geral, Nino pretende combater a idéia de que, já que as razões últimas que justificam as ações e decisões são sempre buscadas no campo moral, o direito – bem como a Constituição e o governo – mostrar-se-iam irrelevantes, já que seria possível obter diretamente pelos princípios morais intersubjetivos a justificação necessária. Para Nino, os princípios morais, tanto em sua função justificatória como naquela interpretativa, não possuem uma ação individual isolada como parâmetro de valoração, mas sim as práticas sociais coletivas insertas no direito positivo; logo, ainda que se considere que o ordenamento jurídico não forneça razões últimas para a tomada de decisão, ele consiste numa etapa de observância obrigatória no raciocínio prático direcionado à tomada dessa decisão. Assim, afirma o autor que “*sin ese derecho positivo no hay decisiones jurídicas justificadas, simplemente porque no hay decisiones jurídicas; sólo hay acciones y decisiones aisladas, carentes de relevancia social*”. Dessa forma, conceber o direito como um conjunto de práticas sociais coletivas implica em reconhecer a natureza política do direito, no sentido de que toda ação ou decisão jurídica deve levar em consideração ações e decisões de outros, concebendo Nino a existência de uma conexão direta do direito com a política (NINO, C. S. *Derecho...*, p. 145-147).

1.3 – A teoria da Democracia Radical

1.3.1. A construção do modelo agonístico de democracia

O aspecto principal em Mouffe é o reconhecimento de um caráter conflitivo, agonístico, inerente e inerradicável na política. Com base nas teorizações de Carl Schmitt, sua teoria enquadra-se numa visão dissociativa do político, reconhecendo não apenas a existência, mas a insuperabilidade do conflito na sociedade, que não pode desaparecer, sob pena de perecimento da própria política enquanto ação humana.¹²⁵

Chantal Mouffe busca problematizar a democracia liberal no período pós-Guerra Fria, compreendendo a radicalização democrática da sociedade como ideal de chegada em suas teorizações. Para a autora, a democracia jamais pode ser considerada como uma conquista inacabada da sociedade, mas sim como uma luta interminável para a consolidação dos ideais democráticos:

Longe de ser o resultado necessário de uma evolução moral da humanidade, a democracia é algo de incerto e improvável e nunca deve ser tida como garantida. É sempre uma conquista frágil, que precisa de ser defendida e aprofundada.¹²⁶

Para tanto, Mouffe desenvolve um modelo de democracia que se insere no cenário político-acadêmico como uma proposta de Democracia Radical. Ele emerge no final da década de 80, como contraposição, especificamente, a dois modelos teóricos de democracia: à democracia agregativa, representada principalmente por Joseph Schumpeter, e seu entendimento de democracia como competição pela prevalência de interesses; e às teorias de democracia deliberativa (em especial, as defendidas por Jürgen Habermas e John Rawls), as quais, grosso modo, defendem como ideal democrático em uma sociedade a conquista de consensos racionais acerca dos procedimentos democrático-decisórios. A idéia de democracia radical defendida por

¹²⁵ Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

¹²⁶ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. p. 17.

Mouffe e Ernesto Laclau¹²⁷ vem justamente demonstrar a fragilidade de tais entendimentos, ao trabalhar com uma noção de Político¹²⁸ que abrange, além dos interesses e da razão, o elemento passional, chave na formação de uma identidade democrática, e a inadequação desses modelos teóricos à compreensão das sociedades democráticas contemporâneas, marcadas essencialmente pelo pluralismo, não apenas no campo moral, mas também no campo político.

Para Mouffe, a propalada vitória da democracia após a queda do Muro de Berlin não representou, em verdade, o fim da história, mas sim o ressurgimento de vários antagonismos que se julgava solapados, colocando em xeque o pensamento político liberal. Segundo a autora, *“em vez da apregoada ‘nova ordem mundial’, da vitória dos valores universais e da generalização de identidades ‘pós-convencionais’, assistimos a uma explosão de particularismos e a um crescente desafio ao universalismo ocidental”*¹²⁹.

Mouffe vê a emergência de movimentos antipolíticos com grande preocupação, pois para ela, ao contrário de muitos pensadores políticos contemporâneos, a essência do político não está na estabilização perene das lutas, mas sim no reconhecimento do caráter conflitual das relações que caracterizam a arena política.

Nesse sentido, a autora parte das teorizações de Claude Lefort, e daquilo que ele concebe como *revolução democrática*, ocorrida a partir da modernidade, e do novo modo de sociedade que ela engendra:

(...) esta revolução democrática está na origem de um novo tipo de instituição social, na qual o poder se transforma num ‘lugar vazio’. Por esta razão, a sociedade democrática moderna é constituída como ‘uma sociedade em que o poder, a lei e o conhecimento se encontram expostos a uma indeterminação radical (...) de forma que o que foi instituído nunca é estabelecido, o

¹²⁷ Na obra *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. London: Verso, 1985.

¹²⁸ Chantal estabelece uma clara distinção entre o político [*the political*] e a política [*politics*]: “Por ‘o político’ refiro-me à dimensão do antagonismo inerente às relações humanas, um antagonismo que pode tomar muitas formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais. A ‘política’, por outro lado, indica o conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre conflituais porque são sempre afetadas pela dimensão do ‘político’. Considero que é apenas quando reconhecemos a dimensão do ‘político’ e entendermos que a ‘política’ consiste em domesticar a hostilidade e em tentar conter o potencial antagonismo que existe nas relações humanas que seremos capazes de formular o que considero ser a questão central para a política democrática” (*Por um modelo...*, p. 20).

¹²⁹ MOUFFE, C. *O regresso...*, p. 11.

conhecido permanece indeterminado, o presente mostra-se indefinível'. A ausência do poder encarnado na pessoa do príncipe e ligado a uma autoridade transcendente pressupõe a existência de uma garantia final ou fonte de legitimação; a sociedade já não pode ser definida como uma substância detentora de uma sociedade orgânica. O que resta é uma sociedade sem limites claramente definidos, uma estrutura social impossível de descrever na perspectiva de um ponto de vista singular ou universal. É desta forma que a democracia é caracterizada pela 'dissolução dos sinalizadores de certeza'.¹³⁰

Essa indeterminação que caracteriza as democracias após a "revolução democrática" é a expressão da presença do conflito como seu elemento constitutivo. Essa situação não é algo a ser combatido, como escreve Mouffe:

(...) é necessário que haja espaço para as diferentes práticas nas quais a obediência às regras democráticas podem ser compreendidas. E isso não pode ser visto como uma acomodação temporária, como um estágio do processo que leva à realização de um consenso racional, e sim deve ser encarado como uma característica constitutiva das sociedades democráticas. A cidadania democrática pode assumir diferentes formas, e esta diversidade, longe de ser um perigo para a democracia, representa sua própria condição de existência. Isso irá, com certeza, criar um conflito e seria um erro esperar que todos estes diferentes entendimentos pudessem coexistir sem alguma espécie de choque entre eles.¹³¹

Aqui, Mouffe apreende alguns conceitos schmittianos, a fim de demonstrar a inerradicabilidade do conflito inerente ao espaço político sem, contudo, aderir a suas conclusões. Para Carl Schmitt, aquilo que constitui a especificidade do fenômeno político frente a outras formas de associação humana é a relação amigo/inimigo, que se torna um critério para a identificação de uma relação política. O inimigo é assim definido pelo autor:

The political enemy need not be morally evil or aesthetically ugly; he need not appear as an economic competitor, and it may even be advantageous to engage with him in business transactions. But he is, nevertheless, the other, the stranger; and it is sufficient for his nature that he is, in a specially intense way, existentially something different and alien, so that in the extreme case conflicts with him are possible.¹³²

Para Schmitt, portanto, essa relação amigo/inimigo, específica do campo político, é que constitui o *nós*, ou seja, estabelece, por meio da exclusão do outro, quem são os cidadãos daquela comunidade política. Schmitt, entretanto, leva essa relação política ao extremo, concebendo a guerra como a possibilidade sempre presente para o extermínio

¹³⁰ Idem, p. 24.

¹³¹ MOUFFE, C. *Teoria Política, Direitos e Democracia*, p. 389-390.

¹³² SCHMITT, Carl. *The Concept of Political*. Trans. Gerog Schwab. Chicago: Chicago University Press, 1996, p. 27.

do inimigo¹³³. Embora Mouffe aceite a tese da existência de um *elemento externo constitutivo*, um *eles* essencial para a identificação de um nós, ela rejeita parte do pensamento schmittiano, já que o pensador – um crítico da idéia de democracia liberal – não consegue aceitar o pluralismo conjugado à democracia¹³⁴. O conflito, em Schmitt, se levado a sua intensidade máxima, implica na assunção do objetivo de destruição física do inimigo, a fim de manter incólume aquele *nós* socialmente construído; é no sentido de compatibilizar essa categoria do *antagonismo* em Schmitt à construção de uma democracia radical e plural, que Mouffe a transformará em *agonismo*¹³⁵, ou seja, em um conflito no qual os adversários políticos, embora defendam seu ponto de vista, respeitem a existência de pontos de vista divergentes, em razão do reconhecimento da autoridade dos princípios liberal-democráticos:

A partir da relação amigo-inimigo de Schmitt, Mouffe distingue duas formas de antagonismo: o antagonismo propriamente dito e que se dá entre inimigos, os quais não têm nada (e não dividem nada) em comum, e um segundo tipo, ao qual ela chama de agonismo e que envolve uma relação não entre inimigos, mas entre adversários, isto é, entre pessoas que dividem um mesmo espaço simbólico, ainda que o organizem de forma diferente. Segundo Mouffe, é justamente a figura do adversário que dá sentido a esta específica forma da política democrática que é o 'pluralismo agonista'.¹³⁶

Nesse agonismo, o conflito não é visto como algo a ser eliminado na sociedade, mas é tido como intrínseco à construção de uma cidadania democrática, e, nesse sentido, concebe-se o político como fenômeno de embate entre adversários, os quais,

¹³³ Cf. Idem, p. 48-49: "War, the readiness of combatants to die, the physical killing of human beings who belong on the side of the enemy – all this has no normative meaning, but an existential meaning only, particularly in a real combat situation with a real enemy. (...) The justification of war does not reside in its being fought for ideals or norms of justice, but in its being fought against a real enemy".

¹³⁴ Cf. crítica de Mouffe exposta em *The Democratic Paradox*, p. 57: "Nevertheless, by envisaging unity under the mode of substantive unity, and denying the possibility of pluralism within political association, Schmitt was unable to grasp that there was another alternative open to liberals, one that could render the articulation between liberalism and democracy viable. What he could not conceive of, owing to the limits of his problematic, he deemed impossible. Since his objective was to attack liberalism, such a move is not surprising but it certainly indicates the limits of his theoretical reflection".

¹³⁵ Acerca do conceito de agonismo, cf. MENDONÇA, Daniel de. A noção de antagonismo na ciência política contemporânea: uma análise a partir da perspectiva da teoria do discurso. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 20, jun/2003: "O ponto fundamental da noção filosófica de agonismo — que a diferencia radicalmente da de antagonismo — não é a competição, ou a disputa (que o antagonismo apropriado pela Teoria Política também supõe), mas a existência de regras que fazem com que os adversários partam para sua luta de um ponto comum, de modo que a disputa não ocorra com o fim de destruir o oponente, mas pela legitimidade de um discurso em detrimento de outro."

¹³⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. *Nas trilhas de Carl Schmitt...*, p. 373.

de um lado, não se furtam à luta política, e de outro, reconhecem a posição dos demais entendimentos como legítimos.

Para Mouffe, uma preocupação central é com a constituição de identidades democráticas, a fim de evitar que o elemento passional inseparável da política seja canalizado para outras formas de expressão, como o terrorismo, por exemplo. A dimensão da cidadania, portanto, mostra-se primordial no desenvolvimento das teorizações acerca da democracia radical, face à predominância que a autora confere ao cidadão dentro do processo político, já que no desenvolvimento de um modelo teórico de democracia, é de extrema relevância tomar em consideração quem são os sujeitos dessa comunidade e de que forma eles atuam dentro dessa sociedade política.

1.3.2. O conceito de cidadão na Democracia Radical

Mouffe constrói seu conceito de cidadania tomando por base duas matrizes teóricas distintas: o liberalismo e o comunitarismo. Eis a maneira como a autora pensa a cidadania:

Para se chegar à compreensão do que seria a cidadania na perspectiva da democracia radical, é necessário discutir a chamada visão liberal acerca da mesma – centrada no indivíduo e nos direitos individuais – e a visão chamada comunitarista, que a concebe a partir de um determinado modo de inserção do indivíduo na sociedade e ressaltando a importância da tradição e dos valores compartilhados enquanto elementos definidores do cidadão. A visão *radical* de cidadania procura resgatar, em cada uma destas concepções, seus elementos positivos, ao mesmo tempo em que elabora um conceito para a mesma que vai além da perspectiva liberal e da perspectiva do comunitarismo.¹³⁷

Com efeito, a visão liberal de cidadania, a qual apregoa a prevalência dos direitos individuais sobre qualquer concepção de bem social, e que confere à liberdade uma dimensão negativa no sentido de ausência de coerção estatal, recebe fortes críticas dos comunitaristas, os quais atribuem à cidadania um conteúdo de participação política, de integração com a comunidade de valores e tradições na qual o indivíduo se insere, utilizando-se de uma noção “positiva” de liberdade, segundo a qual os homens apenas podem se considerar livres quando agem para determinar os rumos do debate político. Ambas as concepções constituem o ponto de partida para a noção de

¹³⁷ KOZICKI, Katya. *Democracia Radical e Cidadania...*, p. 327-328.

cidadania que Mouffe irá construir; entretanto, a autora se propõe a superar o embate entre as diversas correntes.

No que concerne ao pensamento liberal, pela existência de vários modelos de liberalismo, com distintas ênfases em aspectos centrais da análise teórica, tais como a questão do individualismo e da preocupação com a garantia da igualdade entre as pessoas, faz-se necessária a opção por uma específica corrente, que é aquela inaugurada por John Rawls, escolha essa que se justifica face à relevância do pensamento do autor na contemporaneidade, bem como do ardoroso debate que seus escritos suscitaram dentre os comunitaristas.

Os principais aspectos obra de Rawls já foram analisados acima. Embora muitos de seus conceitos tenham sido reformulados desde a edição de *Uma Teoria da Justiça*, em 1971, nenhuma das transformações modifica a prioridade que Rawls credita ao primeiro princípio de justiça sobre o segundo, nem sua idéia de prioridade do justo sobre o bem – muito embora o autor chegue a afirmar que uma concepção de justiça deva combinar tanto o direito como o bem¹³⁸. Não há, na obra de Rawls, uma preocupação maior com a questão da participação política ativa da população no Estado, nem em asseverar uma acepção de comunidade que não seja meramente instrumental em relação à formação do cidadão¹³⁹, e é nesse sentido que se direciona a crítica dos comunitaristas à noção de cidadania que a obra do autor liberal acaba por fornecer – cidadão como o portador de direitos individuais e liberdades face ao Estado.

Em contraposição à idéia de prioridade do direito sobre o bem, o movimento denominado comunitarista apresenta sua concepção de cidadania cujo enfoque centra-se na importância da comunidade para a formação da identidade do indivíduo, e a consequente relevância da participação do indivíduo na vida comunitária, ressaltando aquele ideal representado, como acima se afirmou, pela *liberdade positiva* de Berlin ou *liberdade dos antigos* de Constant.

Entretanto, não é possível afirmar que os autores denominados comunitaristas sejam convergentes em suas análises e conclusões, e, nesse sentido, através da idéia de movimento, pretende-se apenas ressaltar a existência de um aspecto comum

¹³⁸ RAWLS, J. *O liberalismo político*, p. 220.

¹³⁹ Cf. KOZICKI, K. *Democracia Radical e Cidadania...*, p. 336.

nessas teorizações, qual seja, a crítica ao liberalismo. É como afirma Mouffe: “o alvo da crítica já não é a democracia, mas sim o liberalismo, tido como responsável, devido ao seu individualismo profundamente arraigado, pela destruição dos valores da comunidade e pela progressiva destruição da vida pública”¹⁴⁰.

O chamado *comunitarismo* surge na teoria política anglo-saxã por volta dos anos 80, no momento em que historiadores e teóricos políticos buscaram redescobrir as raízes republicanas da fundação dos Estados Unidos da América, vez que o liberalismo político sempre foi tido como triunfante na tradição política norte-americana. Estes pesquisadores intentaram demonstrar que, no período revolucionário de luta pela independência, a tradição republicana de participação política e de valorização de um bem comum desempenhou papel relevante no patriotismo norte-americano¹⁴¹.

A crítica comunitarista do liberalismo ataca principalmente as teorizações de John Rawls, e centra-se, justamente, nos dois pilares acima referidos, quais sejam, a defesa dos direitos do homem e seu conseqüente individualismo, e a concepção de Estado neutro e limitado, mormente no que tange a indevidas interferências na vida privada dos cidadãos.

Em relação ao primeiro aspecto, os comunitaristas apresentam crítica ao individualismo extremo que muitos “liberalismos” defendem, rejeitando frontalmente a idéia de que os indivíduos têm uma existência independente e anterior à comunidade. É como escreve Gargarella:

Em primeiro lugar, o comunitarismo contesta a ‘concepção da pessoa’ própria do liberalismo igualitário, e que Rawls sintetiza na idéia segundo a qual ‘o eu antecede a seus fins’. Essa afirmação, que à primeira vista pode parecer tão abstrata e complexa, quer dizer simplesmente que, muito além do fato de pertencer a qualquer grupo, categoria, entidade ou comunidade – seja de tipo religiosa, econômica, social ou sexual –, os indivíduos têm (e é importante que tenham) a capacidade de questionar tais relações, a ponto inclusive de se separar delas, se assim preferirem. (...) Para o comunitarismo, em contrapartida, nossa identidade como pessoas, pelo menos em parte, está profundamente marcada pelo fato de pertencermos a certos grupos: nascemos inseridos em certas comunidades e práticas, sem as quais deixaríamos de ser quem somos. Esses vínculos aparecem assim como vínculos valiosos, enquanto essenciais para a definição de nossa identidade.¹⁴²

¹⁴⁰ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 38.

¹⁴¹ Idem, p. 38-39.

¹⁴² GARGARELLA, R. *Ob. cit.*, p. 139-140.

Nesse sentido, os comunitaristas atribuem à comunidade, ao contrário da noção instrumental apregoada pelo liberalismo, uma função constitutiva, no sentido de definir a identidade dos indivíduos. Sandel, por exemplo, critica a idéia de Rawls de que as pessoas podem escolher livremente seus fins e seus objetivos de vida, pois entende que tal visão desconsidera o papel fundamental da comunidade e das práticas sociais nessas escolhas¹⁴³. MacIntyre, por sua vez, embora recuse o rótulo de comunitarista¹⁴⁴, também concebe que a identidade dos indivíduos está intimamente relacionada com a cultura e a tradição nas quais eles estão inseridos, e que essa identidade não pode ser apartada do papel desempenhado pela pessoa na sociedade, porque a história do indivíduo é necessariamente conexa à história da comunidade onde vive¹⁴⁵. Para o autor, a tradição tem um grande peso na formação da identidade dos indivíduos, mas ele não a entende como um passado imóvel a engessar as opções das pessoas no presente, mas sim como um debate incessante acerca dos significados dos bens que constituem um determinado conjunto de práticas sociais¹⁴⁶.

Entretanto, quem melhor explorou a questão da formação da identidade dos indivíduos foi Charles Taylor¹⁴⁷. Da mesma forma que os autores já citados, para Taylor as identidades são constituídas através da história, e ele acredita que só podemos descobrir quem somos por meio de uma interpretação que leve em conta a interação social do indivíduo¹⁴⁸. O autor considera que a modernidade liberal fez com que o *self* apenas tivesse como referência o próprio indivíduo, donde pretender-se afirmar sua

¹⁴³ Idem, p. 140-141.

¹⁴⁴ E o faz inclusive porque sua concepção de comunidade seria melhor espelhada por uma sociedade liberal, por sua maior tolerância às várias acepções de bem que poderiam ser defendidas pelo Estado. Cf. CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Comunitarismo, liberalismo e tradições morais em Alasdair MacIntyre. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 287-310.

¹⁴⁵ Cf. Idem, p. 298; 301.

¹⁴⁶ Idem, p. 299-303.

¹⁴⁷ Tido como comunitarista, Taylor constrói dois tipos de liberalismo, um, objeto de sua crítica, e outro (Liberalismo 2) que permite o compromisso do Estado com determinada cultura (WALZER, Michael. *Comentário*. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 117.

¹⁴⁸ Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos para uma filosofia constitucional contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 120-121.

independência em relação às redes de solidariedade¹⁴⁹. Ele insere nessa problemática um *ideal de autenticidade*, o qual significa “*um ideal que me leva a descobrir a minha forma original de ser*”¹⁵⁰, e que possui uma dimensão individual intrínseca. Entretanto, essa autenticidade que o indivíduo reclama acaba por comprometer a vinculação que Taylor entende existir entre a formação da identidade e o *reconhecimento* social necessário para que isso ocorra¹⁵¹, agravado pela extensão desse individualismo à constituição de uma sociedade¹⁵². A saída encontrada por Taylor para resolver esse conflito é o abandono de um ideal monológico em favor de um ideal dialógico, ou seja, uma nova maneira de relacionamento entre o indivíduo e as outras pessoas, por meio do diálogo, do conflito aberto, no qual aos poucos ele constitui sua identidade¹⁵³.

Dessa frontal oposição do comunitarismo ao individualismo preconizado pelos liberais, advém a crítica à neutralidade do Estado, tal como o liberalismo a entende. Como acima se analisou, para os liberais, o Estado não pode se comprometer com determinada concepção de bem, a fim de assegurar aos indivíduos livres que cada um deles possa ter sua própria concepção de bem, naquilo que Rawls denomina de pluralismo razoável. O embate é assim definido por Gargarella:

(...) o liberalismo defende que o Estado deve ser ‘neutro’ diante das distintas concepções do bem que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’ dos livres acordos realizados pelos particulares. Por outro lado, para o comunitarismo, o Estado deve ser essencialmente um Estado ativista, comprometidos com certos planos de vida e com certa organização da vida pública.¹⁵⁴

Justamente porque defende a importância e a imprescindibilidade da comunidade na formação das identidades dos indivíduos, os comunitários consideram necessária a defesa, por parte do Estado, de uma concepção determinada de bem comum, definição essa obtida por meio da participação cívica nos assuntos do Estado.

Como consequência das críticas do comunitarismo aos autores liberais, exsurge a polêmica acerca do que deve ser predominante em uma sociedade: os direitos

¹⁴⁹ Cf. OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro. *O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor*. *Revista de Ciências Sociais*. São Paulo, v.21, n. 60, fev/2006.

¹⁵⁰ TAYLOR, C. *Ob. cit.*, p. 52.

¹⁵¹ Idem, p. 48.

¹⁵² Cf. OLIVEIRA, I. A. R. *Ob. cit.*

¹⁵³ Cf. Idem.

¹⁵⁴ GARGARELLA, R. *As teorias...*, p. 141.

individuais ou a soberania popular e sua necessária noção substantiva de bem comum. O liberalismo, conforme já se afirmou, defende a primeira alternativa. Os comunitaristas optam pela segunda alternativa, privilegiando a participação dos cidadãos na vida pública em relação à garantia inderrogável dos direitos individuais.

Não se mostra correto, contudo, afirmar que os comunitaristas não reconhecem a importância dos direitos individuais e de suas garantias numa sociedade democrática. Eles apenas não lhes atribuem o papel central na caracterização do cidadão, porque entendem que tais direitos não podem ser considerados como necessidades comuns a todas as pessoas, mas sim de culturas específicas, donde ser necessária uma investigação ampla acerca daquilo realmente tido como essencial pelos cidadãos daquela comunidade determinada¹⁵⁵.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do conceito de cidadania para Chantal Mouffe, que conjuga as noções liberal e comunitarista de cidadão, apontando os elementos de ambas as teorias que podem ser aproveitados, e aqueles que devem ser rejeitados, a fim de constituir um modelo adequado de cidadão dentro de um regime radicalmente democrático. Nesse sentido, Chantal não pretende abandonar a democracia liberal, mas sim “*pensar uma nova forma de articulação – dentro do universo da democracia – para os princípios liberais de liberdade e igualdade*”¹⁵⁶, por meio da separação entre o liberalismo político, constituído pelos citados princípios, das concepções iluministas representadas pelo individualismo, racionalismo e universalismo¹⁵⁷.

Conforme ressaltado acima, depreende-se da obra da autora uma preocupação intensa com a questão da cidadania, e de como conceber um cidadão comprometido com o aprofundamento radical da democracia. É nesse sentido que afirma a autora: “*A noção de uma cidadania democrática radical revela-se fundamental, porque é susceptível de facultar uma forma de identificação que permita o estabelecimento de uma identidade política comum entre várias lutas democráticas*”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cf. CITTADINO, Gisele. *Ob. cit.*, p. 131-132.

¹⁵⁶ KOZICKI, K. *Democracia radical e cidadania...*, p. 327.

¹⁵⁷ Para um maior aprofundamento acerca da rejeição desses pilares do Iluminismo, conferir o artigo “*Democracia radical: moderna ou pós-moderna?*”, publicado em *O regresso do político*, p. 21-36.

¹⁵⁸ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 18.

Para Mouffe, é justamente a existência de “significados vazios” advindos da “revolução democrática” que abre a possibilidade para uma re-significação dos princípios da liberdade e da igualdade, de modo a compatibilizá-los com seu modelo radical de democracia; essa constante indeterminação que atinge as sociedades democráticas modernas (e pós-modernas) possibilita a constante questionabilidade das instituições sociais e políticas, bem como torna possível vislumbrar a existência de um conflito permanente devido a essa “dissolução dos sinalizadores de certeza” que a modernidade nos legou¹⁵⁹. E nessa redefinição dos princípios liberais, Mouffe intenta estabelecer uma teoria político-democrática que conjugue as contribuições do liberalismo e do comunitarismo, ou seja, que busque aliar pluralismo e participação política, superando as limitações de ambas.

O liberalismo igualitário de Rawls, como visto, defende, com base em seus dois princípios de justiça e na prioridade do primeiro sobre o segundo, que o cidadão é aquele detentor de direitos individuais, os quais devem ser protegidos pelo Estado imprescindivelmente, e que estabelecem a prioridade dos direitos sobre qualquer concepção de bem, já que os cidadãos precisam ser livres para defender suas próprias e diversas concepções de bem¹⁶⁰. Já a concepção comunitarista de cidadania opõe-se a essa visão liberal exposta pelo liberalismo, pois concebe a impossibilidade de se conceder tal anterioridade ao indivíduo; para os comunitaristas, são as práticas sociais, inseridas dentro de uma comunidade num momento histórico determinado, que irão conformar a individualidade da pessoa, daí a importância conferida à participação dos cidadãos na gestão da coisa pública e do abandono da neutralidade do Estado na busca de um bem comum a todos, donde advir a conexão entre o comunitarismo e o republicanismo cívico¹⁶¹. Mouffe, contudo, alerta para a impossibilidade de adesão

¹⁵⁹ Cf. KOZICKI, K. *Democracia radical e cidadania...*, p. 330-332.

¹⁶⁰ Cf. MOUFFE, C. *O regresso...*, p. 84: “Segundo sua visão liberal, a cidadania é a capacidade de cada pessoa formar, rever e realizar racionalmente a sua definição de bem. Entende-se que os cidadãos usam os seus direitos para promoverem os seus interesses próprios, com certas limitações impostas pela exigência de respeitarem os direitos dos outros”.

¹⁶¹ Cf. Idem, p. 84-85: “Os comunitaristas objetam que é uma concepção emprobecida [a dos liberais], que afasta a noção de cidadão como alguém para quem é natural juntar-se aos outros para prosseguir uma ação comum tendo em vista o bem comum. (...) Para os comunitaristas, a alternativa a esta abordagem liberal fracassada é a renovação da concepção republicana cívica da política, que

imediate a qualquer das concepções de cidadão acima explanadas, apontando para os defeitos de cada uma das correntes teóricas.

Em relação ao liberalismo proposto por Rawls, Mouffe critica sua visão reduzida de cidadania, a qual concebe o cidadão como mero recipiente de direitos em face do Estado; ademais, acaba por considerar a comunidade somente como um *locus* para o desenvolvimento das capacidades e interesses dos indivíduos. Outra crítica que a autora apresenta é em relação à idéia de prevalência do direito sobre o bem, já que, conforme acima exposto, “*uma tal prevalência indica que os direitos individuais não podem ser sacrificados a favor do bem-estar geral*”¹⁶², já que para Rawls eles constituem a garantia do pluralismo liberal, no sentido de que cada cidadão possa ter sua própria concepção de bem, pois é livre para tanto.

Embora faça essa crítica, Mouffe não adere integralmente ao comunitarismo, apesar de considerar que sua noção de cidadania mostra-se mais adequada às sociedades democráticas que a visão liberal, porque reconhece a importância da participação cívica e da arena pública. Contudo, a autora desconfia de determinados postulados de alguns autores comunitaristas, que confundem os campos moral e político, desconsiderando as conquistas trazidas pela revolução democrática moderna¹⁶³.

O que Mouffe pretende é conjugar a participação política dos cidadãos com a proteção dos direitos individuais. Nesse sentido, o pluralismo defendido pelo liberalismo não pode ser deixado de lado em nome de um bem comum substantivo, pois justamente essa é uma das maiores conquistas da política democrática introduzida pela modernidade. Entretanto, a prevalência irrefutável do direito sobre o bem preconizada por Rawls não é aceita pela autora, porque, para ela, “*essa prevalência só pode existir*

ênfatisa fortemente a noção de bem público, anterior a e independente dos desejos e interesses individuais”.

¹⁶² Idem, p. 87.

¹⁶³ Cf. Idem, p. 85: “(...) existe um risco real de regressarmos a uma concepção pré-moderna da política que não reconhece as inovações da democracia moderna e o contributo fundamental do liberalismo. A defesa do pluralismo, a idéia da liberdade individual, a separação entre a Igreja e o Estado, o desenvolvimento da sociedade civil, são todos traços constitutivos da política democrática moderna”.

*num certo tipo de sociedade com instituições específicas e é consequência da revolução democrática*¹⁶⁴.

Aqui, Mouffe concorda com os comunitaristas, no sentido de que essa prevalência mostra-se prejudicial à construção de uma democracia radical, porque apenas considerando o indivíduo inserido numa comunidade, que lhe é constitutiva e não meramente instrumental, e que somente através da participação ativa nessa comunidade pode-se estabelecer uma definição de bem comum, e dos direitos a serem conferidos aos cidadãos. Contudo, ela rejeita a noção defendida por muitos comunitaristas, de abandono do pluralismo em nome de um único bem a ser partilhado pelos indivíduos¹⁶⁵.

É onde se verifica a influência do pensamento de Michael Walzer no pensamento de Chantal Mouffe, uma vez que ele, embora seja rotulado como um autor comunitarista, não nega o valor dos direitos individuais e das liberdades na constituição das identidades das pessoas. Compartilhando as concepções de Charles Taylor acerca da necessidade da comunidade na formação dos indivíduos – uma busca pela constituição de um *nós* em vez de valorizar o *eu*¹⁶⁶ –, Walzer opõe-se ao liberalismo quando este afirma a prevalência do direito, porque entende que este não pode ser anterior às concepções de bem que são social e historicamente construídas dentro de uma sociedade determinada¹⁶⁷.

Mouffe corrobora com esse pensamento, no sentido de compreender os direitos fundamentais como uma linguagem própria de determinadas comunidades – especificamente as sociedades democráticas ocidentais – cujo conteúdo é continuamente reinterpretado por essa mesma sociedade, adquirindo um sentido compatível com o bem comum e os objetivos pretendidos pelo corpo social. A autora demonstra preocupação com a valorização extremada da liberdade individual, o que acarreta graves consequências no campo político, pois tal individualismo leva à desqualificação da esfera pública como espaço de ação humana. Mas não concorda

¹⁶⁴ Idem, p. 89.

¹⁶⁵ Cf. Idem.

¹⁶⁶ Cf. CITTADINO, G. *Ob. cit.*, p. 133.

¹⁶⁷ WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A defense of Pluralism and Equality*. Basic Books: New York, 1983.

que os direitos individuais sejam relegados a segundo plano, e, nesse sentido, assim afirma:

A nossa escolha não é apenas entre um agregado de indivíduos sem um interesse público comum e uma comunidade pré-moderna organizada em torno de uma única idéia substantiva de bem comum. O desafio fundamental é imaginar a comunidade política democrática moderna fora desta dicotomia.¹⁶⁸

Em suma, o que Mouffe pretende é a conjugação entre o ideal de liberdade negativa e o de liberdade positiva, já delineados acima. Para tanto, ela se reporta ao pensamento de Quentin Skinner, o qual, apoiado numa leitura dos *Discursos* de Maquiavel, demonstra que dentro da noção de liberdade é possível conjugar as duas concepções acima, já que para que o indivíduo consiga atingir seus objetivos e sua felicidade da maneira como lhe aprouver, portanto, para que sua liberdade no sentido negativo seja assegurada, mostra-se imprescindível o cultivo da virtude cívica e da participação nos negócios públicos, ou seja, também é necessária uma concepção de liberdade no sentido positivo¹⁶⁹.

Mouffe se utiliza dessas considerações a fim de demonstrar de que forma sua concepção de cidadania não irá prescindir nem do pluralismo de noções de bem, herdeiro do liberalismo e da revolução democrática, nem da participação política, necessária para o repensar da democracia liberal rumo a uma democracia radical e plural. Para a autora, aquilo que une as pessoas e as torna cidadãs, dentro de um regime democrático, não é uma noção substantiva de bem, como afirmam alguns comunitaristas, mas sim, da mesma forma como entende Walzer, os princípios políticos da liberdade e da igualdade, os quais constituem, nas palavras de Mouffe, o “*bem comum político*”¹⁷⁰, e é essa concepção compartilhada pelas pessoas que passa a

¹⁶⁸ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 90.

¹⁶⁹ Cf. Idem, p. 35. No mesmo sentido, SKINNER, Quentin. *On justice, the common good and liberty*, In: MOUFFE, Chantal (ed.). *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*. London: Verso, 1992, p. 219-220: “What is held to be indispensable to the maintenance of free government is that the whole body of the citizens should be imbued with such a powerful sense of civic virtue that they can neither be bribed nor coerced into allowing either external threats or factional ambitions to undermine the common good. (...) if we ourselves wish to live in a condition of personal liberty – to live ‘in a free state’ it is indispensable that we should live under a free constitution, one that we serve and uphold to the best of our civic abilities.”

¹⁷⁰ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 48.

caracterizar uma comunidade política em específico, e não uma idéia de bem comum no campo moral, por exemplo.

Aqui, especificamente, Mouffe aproveita o pensamento de Wittgenstein, considerando necessário o estabelecimento de uma “*gramática da conduta política*”¹⁷¹, conceito cuja contribuição na construção de um modelo de democracia plural é enfatizada por Mirta Giacaglia, nos seguintes termos:

La celeridad de los cambios y la multiplicidad de dimensiones que adquiere lo social hoy nos obliga a redefinir permanentemente las identidades desocultando los diversos *juegos de lenguaje* que operan en la constitución de las identidades. De acuerdo con las categorías de Wittgenstein, las instituciones democráticas deben ser vistas como definiendo un posible juego, entre otros, del lenguaje político. En tanto aquellas no proveen una solución racional al problema de la coexistencia humana y dependen de cada contexto histórico, resulta inadecuado pretender dar un fundamento racional a los principios democráticos. La democracia no requiere una teoría de la verdad universal ni de nociones como validez incondicionada, sino múltiples prácticas y movimientos pragmáticos intentando persuadir a la gente de ensanchar el campo de sus compromisos y acuerdos con otros, en orden a construir una comunidad más inclusiva.¹⁷²

Para a autora, portanto, cidadania significa “*Estar associado em termos de reconhecimento dos princípios democrático-liberais. (...) Implica encarar a cidadania, não como um estatuto legal, mas como uma forma de identificação, um tipo de identidade política, algo que deverá ser construído, e não empiricamente determinado*”¹⁷³.

Nesse sentido, a autora também se preocupa em estabelecer um modo de associação política que crie essa ligação entre os indivíduos, e para tanto faz uso da proposta de Michael Oakeshott (no livro *On Human Conduct*), do estabelecimento de algo nos moldes de uma *societas*, uma forma de associação civil na qual as pessoas não estão unidas por objetivos em comum, nem para a realização dos interesses individuais de cada uma delas, mas sim por uma identificação com as regras de civilidade que orientam a associação, resultando na criação de uma identidade política entre essas pessoas, sendo que esse interesse público recebe o nome de *respublica*

¹⁷¹ Idem, p. 90.

¹⁷² GIACAGLIA, Mirta A. *Ch. Mouffe y E. Laclau: una lectura de los aportes de Ludwig Wittgenstein para pensar la idea de democracia radical y plural. Tópicos* (Santa Fe), Santa Fe, n. 12, 2004.

¹⁷³ MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 90.

para o autor¹⁷⁴. Para Mouffe, essa concepção é útil, na medida em que abre espaço tanto para o desenvolvimento de um pluralismo em relação aos bens, como para a valorização do espaço público, que não se mostra secundário em relação ao privado, como nas concepções liberais. Contudo, falta à *respublica* de Oakeshott a dimensão conflitual que é essencial para a configuração da democracia radical proposta por Mouffe, como analisado acima.

Porque pretende enfatizar que a formação da identidade dos indivíduos depende da existência dos outros, Mouffe demonstra, na obra *On the Political*, uma preocupação semelhante àquela de Charles Taylor, no sentido de caracterizar a dialogicidade necessária à constituição do indivíduo e, por conseguinte, da cidadania. Nesse sentido, ela busca na psicanálise de Freud e Lacan essa possibilidade. Freud analisa a constituição das identidades coletivas, de um *nós* determinado por uma concepção compartilhada de indivíduo que necessariamente implica a existência de um *eles*; Lacan, por sua vez, enfatiza sua análise no elemento afetivo por trás dessa necessidade de identificação coletiva¹⁷⁵. O que atrai a atenção da autora é justamente a possibilidade aberta da criação de uma identidade coletiva democrática em oposição às formas hostis de coletividade.

E é com o desenvolvimento dessa identidade política que se preocupa a autora quando estabelece seu conceito de cidadania, ao pugnar por uma forma de identificação coletiva que possa ser articulada segundo um *princípio de equivalência democrática*, ou seja, que permita o reconhecimento de novas demandas pela ampliação dos direitos dentro de uma comunidade democrática¹⁷⁶. Para tanto, faz-se necessária uma concepção de cidadania que entenda a multiplicidade de posições sociais que caracterizam o sujeito dentro dessa sociedade democrático-liberal constituída pelos princípios da liberdade e da igualdade. É uma concepção que, em vez de optar pela prevalência do indivíduo frente ao cidadão, ou vice-versa, compreende como constitutiva a tensão entre ambos, sem a pretensão de resolução desse conflito.

¹⁷⁴ Idem, p. 91-93. A autora utiliza a noção de *societas* em oposição à idéia de *universitas*, que representa “um envolvimento num determinado empreendimento a fim de realizar um objetivo substantivo comum ou promover um interesse comum”.

¹⁷⁵ Cf. MOUFFE, C. *On the Political*. London: Routledge, 2007, p. 25-29.

¹⁷⁶ Cf. MOUFFE, C. *O regresso do político*, p. 96-97.

Tomar esses princípios como, no dizer de Wittgenstein, uma “gramática da conduta política” supera as limitações tanto da tradição liberal como do comunitarismo, ao não esvaziar o espaço público e a vida política de uma comunidade por meio de uma concepção de cidadania que apenas enfatize os direitos dos indivíduos face ao Estado, sem menção a seus deveres para com a comunidade; bem como ao possibilitar a manutenção das conquistas democráticas, no que concerne à separação entre política e moral, ao rejeitar uma noção substantiva de bem.

A teoria política defendida pela Democracia Radical, reconhecendo a distinção entre o liberalismo econômico e o liberalismo político, busca resgatar os princípios deste último, e nesse sentido, a democracia não pode apresentar-se como algo fechado e definitivo, mas sim como um processo sempre em construção, dentro do qual os valores de liberdade e igualdade possam ser re-definidos pela sociedade. Assim, essa teoria da democracia radical pretende a emergência de uma cidadania radicalmente democrática que possa desenvolver uma forma de identificação coletiva que permita o reconhecimento da legitimidade das várias novas demandas sociais que surgem, como afirma a autora: *“A noção de uma cidadania democrática radical revela-se fundamental, porque é suscetível de facultar uma forma de identificação que permita o estabelecimento de uma identidade política comum entre várias lutas democráticas”*¹⁷⁷.

Ao não pretender a resolução do conflito entre liberdade e igualdade, e, consequentemente, entre o indivíduo, detentor de direitos, e o cidadão, portador de obrigações político-comunitárias, a Teoria da Democracia Radical mostra-se adequada para pensar as sociedades democráticas contemporâneas, porque apreende a complexidade que tais comunidades apresentam, e busca aprofundar a revolução democrática iniciada na modernidade, sem o abandono das conquistas liberais, mas reinserindo o cidadão na esfera pública de debate.

¹⁷⁷ Idem, p. 12.

Capítulo 2 – A tensão entre Constitucionalismo e Democracia

Nesse segundo capítulo, o olhar se volta à complexa relação entre constitucionalismo e democracia, entendidos ambos como elementos constitutivos inafastáveis dos regimes democráticos contemporâneos, que convivem em constante tensão. Nada obstante, grande parte da doutrina sustenta a existência de uma solução a esse conflito, consubstanciada na consagrada fórmula da “democracia constitucional”, que, centrada na defesa dos direitos individuais por parte do Judiciário, busca também o respeito ao direito de participação política.

A fim de melhor se compreender os aspectos envolvidos nesse profícuo debate, faz-se necessária a compreensão de que diferentes articulações entre o poder e o direito sempre existiram no Ocidente, com diferentes respostas dadas à problemática, como assevera Pietro Costa:

Podemos olhar para ‘democracia constitucional’ da segunda metade do Novecentos de uma grande distância temporal, sustentando que a síntese dessa proposta é uma tentativa de oferecer uma solução de qualquer forma conclusiva para uma tensão que atravessa toda cultura político-jurídica ocidental: a tensão entre poder e direito, entre *voluntas* e *ratio*. Se é antiga e recorrente a celebração de um poder supremo e irresistível, são igualmente numerosas as manifestações de uma exigência oposta: a exigência de colocar limite ao poder, de vincular a *voluntas* soberana a uma medida indiscutível, a um direito inderrogável, a uma *ratio* superior. É justamente a contínua reproposição dessa tensão que leva à referência de um mesmo termo – o ‘constitucionalismo’ – em fases históricas profundamente distintas e a falar de ‘constitucionalismo medieval’ e ‘constitucionalismo moderno’.¹⁷⁸

Contudo, dados os limites do presente trabalho, optou-se por abordar, nesse capítulo, apenas duas experiências relativas à tensão acima descrita. No primeiro item, será apresentada a experiência norte-americana de jurisdição constitucional, dividida em duas partes. Na primeira, alguns aspectos históricos serão abordados; na segunda, a discussão doutrinária acerca da legitimidade do *judicial review* será centrada em três autores, escolhidos pela sua relevância acadêmica, e também pela influência de seu pensamento nas concepções de jurisdição constitucional nos autores deliberativos a serem abordados mais especificamente no próximo capítulo – Rawls, Habermas e Nino.

¹⁷⁸ COSTA, Pietro. *Democracia política...*

No segundo item, é a experiência brasileira que será apresentada, também dividida em dois tópicos. No primeiro deles, um transcurso histórico pelos distintos momentos constitucionais, com referências à gradual instauração da jurisdição constitucional em nosso País. Já na segunda parte, serão abordados alguns temas relativos à posição doutrinária brasileira, dividida, grosso modo, em duas correntes distintas: os autores filiados a uma doutrina que prega a efetividade constitucional – mais próximos de uma abordagem substancialista da Constituição – e os autores mais procedimentalistas, os quais, com base especialmente na teoria habermasiana, criticarão a tendência do Poder Judiciário brasileiro em dar a última palavra no que tange às questões mais fundamentais do Estado.

Não se olvida a importância ímpar da experiência européia, em suas diversas matrizes, para a teoria constitucional contemporânea. No entanto, como a teoria do *judicial review*, da forma como a concebemos hoje, surgiu na experiência norte-americana, e como, inegavelmente, é nos Estados Unidos que o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional traz contribuições mais profícuas, optou-se por somente trabalhar com o controle de constitucionalidade e suas implicações teóricas naquele país.

2.1. A experiência norte-americana de jurisdição constitucional

2.1.1. O desenvolvimento do judicial review na Suprema Corte norte-americana

Como experiência singular no constitucionalismo democrático de matriz ocidental, a experiência jurídica norte-americana, muito embora atrelada à idéia de respeito às instituições democráticas, não apresenta uma linearidade em relação ao modo como essa observância se configura. Durante os mais de duzentos anos do constitucionalismo norte-americano, diversas foram as respostas à complexa tensão entre a garantia de direitos e o princípio da soberania popular.

Faz-se oportuno, no momento, perquirir, ainda que de forma breve, acerca das raízes da fundação dos Estados Unidos, quando da Revolução¹⁷⁹ pela independência da Inglaterra. Revoltados pela ausência de representação no Parlamento inglês, os colonos americanos declararam sua independência em 1776. Para legitimar a separação, a Declaração de Independência fundou-se nas doutrinas dos direitos naturais e do contrato social, proclamando tirano o monarca inglês, a fim de emancipar-se de um legislador que se encontra fora de sua jurisdição. Logo, o inimigo combatido pela revolução americana foi o legislador e sua pretensão de representar a vontade geral. A revolução americana, portanto, revela-se fortemente anti-estatalista, porque entende que a pátria-mãe ameaça os direitos e liberdades por meio do parlamento; não se busca um legislador virtuoso, mas sim, por desconfiar dos legisladores, entrega-se a proteção dos direitos e liberdades à Constituição, uma norma superior a que o legislador deve obediência. Dessa forma, individualismo e historicismo se convertem numa única doutrina, dos *Rights*, ou seja, prioridade dos direitos frente aos poderes políticos – o que, inclusive, explica a utilização de Locke como guia da revolução americana¹⁸⁰.

Desde sua fundação, portanto, a preocupação entre os constituintes – passado o momento de fervor revolucionário – era resguardar a Constituição e as instituições políticas fundamentais de dois graves perigos. O primeiro deles consistia no exercício

¹⁷⁹ Maurizio Fioravanti apresenta a Revolução Americana como uma união entre dois modelos que consistem em “fundamentos teóricos das liberdades”: o modelo historicista e o modelo individualista. O primeiro, segundo o autor, O modelo historicista, em síntese, busca localizar as liberdades dentro da própria história, separando-as da dependência do poder político; nesse processo, depreende-se a primazia das liberdades civis (das liberdades negativas), pugnando-se por uma continuidade entre medievo e moderno – no que tange à afirmação dos direitos individuais – ao sustentar que a Idade Média possuía um modo próprio de garantia dos direitos e liberdades, consistente num direito inscrito nos costumes e na natureza das coisas. Por sua vez, o modelo individualista pretende estabelecer uma ruptura com o medievo, afirmando a existência de direitos pré-estatais, fundados num contrato social, ou seja, dependentes da vontade popular, expressa por meio da valorização das liberdades positivas e da atribuição de um *poder constituinte* à Nação. Assim, entende o autor que a Revolução Americana rechaça, em suas origens, o modelo estatalista, o qual, diferentemente dos demais modelos, valoriza positivamente o papel do Estado dentro de uma cultura de direitos e liberdades, concebendo que é a autoridade do Estado que representa uma condição necessária para o surgimento e a proteção desses direitos; assim, desaparece a distinção entre o surgimento da sociedade civil e do Estado, porque nesse modelo, eles nascem conjuntamente, dando ensejo a um *pacto*, por meio do qual os indivíduos aceitam subordinar-se ao ente estatal, em troca da necessária segurança para viver em sociedade. (FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*: Apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007, p. 26-53).

¹⁸⁰ Cf. Idem, p. 77-84.

da democracia direta pelo povo, tido como excessivamente emocional e incapaz de tomar decisões em nome de todos os cidadãos, e não apenas levando em consideração seus próprios interesses. Referida circunstância ameaçava os incipientes direitos individuais – liberdade e propriedade – e seria corrigida mediante a instituição de um sistema representativo de governo, por meio do qual, na visão dos constituintes, garantia a soberania popular, mas freava a tendência abusiva do exercício direto do poder político pelo próprio povo. Como assevera Tocqueville, a democracia norte-americana representava a concretização do ideal democrático:

Na América, o povo nomeia aquele que faz a lei e aquele que a executa; ele mesmo constitui o júri que pune as infrações à lei. Não apenas as instituições são democráticas em seu princípio, mas também em todos os seus desdobramentos. Assim, o povo nomeia *diretamente* seus representantes e os escolhe em geral *todos os anos*, a fim de mantê-los mais ou menos em sua dependência. É, pois, realmente, o povo que dirige e, muito embora a forma do governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses, até as paixões do povo não podem encontrar obstáculos duradouros que os impeçam de produzir-se na direção cotidiana da sociedade.

Nos Estados Unidos, como em todos os países em que o povo governa, é a maioria que governa em nome do povo.

Essa maioria se compõe principalmente dos cidadãos pacatos que, seja por gosto, seja por interesse, desejam sinceramente o bem do país. Em torno desses agitam-se sem cessar os partidos, que procuram atraí-los em seu seio e fazer deles um apoio.¹⁸¹

De outra parte, mesmo os representantes reunidos em assembléia podem ameaçar aqueles direitos de liberdade e propriedade; logo, buscou-se evitar que se configure uma tirania da maioria, encarnada em um Poder Legislativo indomável e com respaldo popular para promulgar leis e atos incompatíveis com a garantia das liberdades individuais. O embate entre *federalistas* e *anti-federalistas* demonstra bem os conflitos presentes no momento da promulgação da Constituição Americana, acerca da melhor forma de se resguardar a Nação dos perigos da democracia, ainda que representativa.

Há que se relembrar aqui que era bastante comum entre os estados confederados, no período anterior à Independência, que os cidadãos constantemente se reunissem em assembléias regionais para debater os assuntos de interesse geral. Essa, inclusive, foi uma das razões pelas quais os colonos jamais aceitaram os abusos

¹⁸¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 197.

cometidos pela monarquia inglesa no que tange à cobrança de impostos, eis que não havia representantes da Colônia Americana na Câmara dos Lordes e, portanto, eles não haviam consentido com a cobrança de referidas taxas¹⁸². Contudo, a Guerra da Independência havia consumido muitos recursos da jovem Nação e de muitos de seus membros mais afortunados. Como resultado, a população enfrentava uma grave crise econômica, levando aos reclamos populares perante as assembleias estaduais, as quais começaram a atender essas reivindicações¹⁸³.

Essa circunstância foi o estopim para que a parcela mais conservadora – grandes proprietários – temesse a tirania da maioria consagrada nas assembleias, buscando, durante o processo constituinte, limitar o poder do legislativo. Enquanto os Anti-federalistas pugnavam pelo respeito absoluto à soberania popular – consagrada na idéia de representação no Parlamento –, os Federalistas propunham a necessidade de se colocar freios à vontade popular desmedida. James Madison, um dos políticos mais influentes à época, no *Federalista n. 10*, afirmava duas idéias a respeito da tirania das maiorias: “*primero, que el nuevo orden institucional debía estar fundamentalmente orientado a impedir los actos de las facciones; segundo, que los comportamientos facciosos representaban tendencias más bien propias e inevitables de las asambleas legislativas*”¹⁸⁴.

Assim, o movimento federalista sustentava a necessidade de se limitar as maiorias, necessitando-se de um órgão capaz de proteger as minorias – os grandes proprietários – da atuação irracional da maioria. Nesse sentido, afirmavam que os cidadãos comuns eram desprovidos de capacidade política e que a Constituição deveria consistir num instrumento capaz de assegurar que os dois setores da sociedade – ricos e pobres – tivessem a mesma influencia política, sob pena de caracterizar-se um regime opressivo.

Dessa forma, foi vitoriosa na Constituinte a proposta de se estabelecer um sistema de *freios e contrapesos* entre os Poderes, a fim de representar o equilíbrio da sociedade norte-americana. Nesse sentido, esclarece Roberto Gargarella:

¹⁸² Conforme o brocado “No taxation without representation”.

¹⁸³ Cf. GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 19-23.

¹⁸⁴ Idem, p. 31.

El medio que se encontró más apropiado para obtener los objetivos antes descritos – básicamente, el de asegurar que los sectores más importantes de la sociedad cuenten con igual poder político – lo constituyó el denominado sistema de “frenos y contrapesos”. Este sistema, principalmente, estuvo orientado a establecer diferentes áreas de poder, parcialmente separadas entre sí y capaces de controlar-se entre ellas. La forma de alcanzar este último objetivo consistió en proveer a cada una de las áreas en cuestión (el Ejecutivo, el Judicial, las dos Cámaras Legislativas) de medios capaces de restringir los posibles excesos de las otras.¹⁸⁵

Logo, para além das funções judicantes comuns nos outros países, os juízes norte-americanos tinham a possibilidade de fundar suas decisões e sua legitimidade de agir no texto da própria Constituição – e não somente nas leis – com a faculdade, impensável nas outras realidades naquele momento, de revisar e revogar os atos emanados do Legislativo quando contrários ao texto constitucional¹⁸⁶. De consequência, instituiu-se nesse momento a função do Poder Judiciário de assegurar a proteção das minorias, representando um limite ao Legislativo através da guarda da Constituição e dos direitos individuais, posteriormente consagrados no Bill of Rights¹⁸⁷. Essa função garantista da Constituição também se presta a frear os ímpetus soberanos,

¹⁸⁵ Idem, p. 36. O autor continua, na p. 37: “Para los convencionales constituyentes la conexión entre estas cuestiones era obvia: el sistema institucional, en sus distintas áreas, tendría representadas, separadamente, las principales partes de la sociedad. De ahí que, si esas diferentes áreas del poder lograban equilibrarse entre sí, luego, y como consecuencia de ello, la sociedad resultaría también equilibrada y los eventuales conflictos sociales institucionalmente contenidos.”

¹⁸⁶ Cf. TOCQUEVILLE, A. *Ob. cit.*, p. 113.

¹⁸⁷ Sobre a solução institucional norte-americana à tensão entre *voluntas* e *ratio* no momento pós-revolucionário, é pertinente a citação da observação feita pelo historiador Danilo Zolo: “O regime constitucional estadunidense mostrou bem cedo uma precisa inclinação para soluções inspiradas no liberalismo moderado, revelando-se escassamente sensível ao tema da representatividade democrática e da dinâmica conflitual dos interesses sociais. Ao contrário, foi muito mais sensível ao tema, que estaria no centro do liberalismo aristocrático de Alexis de Tocqueville, da necessidade de prevenir, em termos formais, a ameaça representada pelas maiorias parlamentares hostis às liberdades individuais. E o remédio cogitado, além de um tendencial enrijecimento da Constituição escrita, foi o recurso à *judicial review of legislation* e à atribuição, a partir da sentença do juiz Marshal no processo *Marbury v. Madison*, de 1803, de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema. O poder do parlamento federal, particularmente no tocante ao tema dos direitos subjetivos, foi assim atenuado, em uma negação radical de qualquer possível conexão entre o reconhecimento dos direitos e as reivindicações normativas emergentes do conflito político e motivadas em nome da soberania popular. Julgou-se, de fato, que o profissionalismo e o tecnicismo dos juízes especialistas estivessem em condições de garantir, melhor do que o Parlamento, uma correta interpretação do ditado constitucional e, portanto, uma tutela imparcial e metapolítica dos direitos individuais.” (ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 20-21).

elevando os direitos contidos no texto constitucional à categoria de inderrogáveis, devidamente tutelados pelo Poder Judiciário¹⁸⁸.

Entretanto, apesar de, desde muito cedo, atribuir-se ao Judiciário a tarefa de assegurar os preceitos constitucionais e os direitos fundamentais face à vontade da maioria, foi somente no ano de 1803, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, que ganhou legitimidade a jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte norte-americana. O caso, em si, pode ser compreendido como um prolongamento do embate político entre Federalistas e Anti-federalistas¹⁸⁹. O Federalista John Adams, então Presidente da República, seria sucedido por Thomas Jefferson, anti-federalista. Para assegurar que seu grupo político não perderia todo o poder, Adams, no final de seu mandato, nomeia seu Secretário de Estado, John Marshall, para o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). Ainda, nomeou dezenas de outros juízes para as instancias recursais. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário que as designações que não estivessem perfectibilizadas nos período anterior não poderiam ser reconhecidas. Marbury, um desses juízes, impetrou um *writ* em face do Secretário Madison, a fim de ver garantida a sua designação¹⁹⁰. Na resolução do caso, Marshall, muito embora a Constituição, textualmente, nada dispusesse acerca do controle de constitucionalidade ao Judiciário, fundou as bases do judicial *review* e lançou os fundamentos que seriam suscitados daí em diante pelos juízes para justificar a invalidação de leis e atos normativos em desconformidade com as normas constitucionais. Nesse sentido, assevera Luís Roberto Barroso:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão: o *Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado

¹⁸⁸ Cf. COSTA, Pietro. *O Estado de Direito...*, p. 111.

¹⁸⁹ Cf. STAMATO, Bianca. “Constitucionalismo Popular”: O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69.

¹⁹⁰ Cf. GARGARELLA, R. *La justicia...*, p. 45-47.

do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.¹⁹¹

Logo, o caso relatado consiste na concretização da possibilidade de uma jurisdição constitucional, que venha a aferir a conformidade das leis com a Constituição, a qual goza de superioridade em relação aos demais atos normativos. Assentou-se, assim, uma concepção normativa de Constituição, asseverando sua observância obrigatória pelos Poderes.

Contudo, o caso *Marbury* denota uma visão mais conservadora da jurisdição constitucional, pois claramente expressa a intenção de frear eventuais “abusos” cometidos pelo Legislativo em nome da soberania popular. Nada obstante, a teoria do *judicial review* intenta apresentar uma justificativa para a legitimidade da tarefa, face às críticas que desde aquele momento se fazem ouvir, ou seja, como justificar que um juiz ou um corpo de juízes não eleitos e nem responsáveis perante o povo, possam invalidar decisões tomadas por um Parlamento que se constitui na expressão máxima da vontade popular. Marshall, da mesma forma que Alexander Hamilton¹⁹², resolve a problemática ao defender a concepção de que a Constituição – e não o Legislativo – constitui-se na expressão da autoridade popular.

A Suprema Corte norte-americana, por quase toda sua história, teve um viés mais conservador, moderado, no que tange ao controle de constitucionalidade. Esse posicionamento espelha uma *auto-restrição jurisdicional*, ou seja, traz a idéia de que o Judiciário deve atuar apenas quando os demais Poderes não funcionem ou se abstenham injustificadamente de atuar, não intervindo, portanto, na atividade política cotidiana do Parlamento ou do Executivo¹⁹³.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 323.

¹⁹² Cf. GARGARELLA, R. *La justicia...*, p. 52: “El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: en primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la ‘voluntad soberana del pueblo’. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, *el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo*”.

¹⁹³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 2002, p. 217: “El programa de restricción judicial (...) sostiene que los tribunales deben permitir que las

Entretanto, com as modificações surgidas na conjuntura do Estado Social e da emergência do *New Deal*, o perfil da Corte foi-se modificando, com o ingresso de membros de feição mais liberal, e que personificaram a face mais expressiva de um chamado ativismo judicial¹⁹⁴ naquele Tribunal. Trata-se da chamada Era *Warren* – pois presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren – e que representou o alcance de diversas medidas progressistas em relação à proteção de direitos individuais e sociais. Como afirma Luis Roberto Barroso:

É possível advertir para a visão idealista abrigada nessa crença, bem como para os riscos democráticos que envolve. A verdade, contudo, é que quando Earl Warren deixou a presidência da Suprema Corte, em 1969, a segregação em escolas e demais ambientes públicos já não era mais permitida; o arbítrio policial contra pobres e negros estava minorado; comunistas ou suspeitos de serem comunistas não podiam ser expostos de maneira degradante e ruinosa para suas carreiras e suas vidas; acusados em processos criminais não podiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos. Todas as profundas transformações acima relatadas foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.¹⁹⁵

Essa Corte foi a responsável por decisões históricas, tais como *Brown vs. Board of Education*¹⁹⁶, *Miranda vs. Arizona*¹⁹⁷, *Baker vs. Carr*¹⁹⁸, *New York Times vs. Sullivan*¹⁹⁹, *Griswold vs. Connecticut*²⁰⁰, dentre outras. Após Warren, a Suprema Corte ingressou em um período conservador novamente (sob as presidências de Burger –

decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario.”

¹⁹⁴ Idem: “El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente ‘vagas’ (...). Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente.”

¹⁹⁵ BARROSO, L. R. *A americanização...*, p. 325.

¹⁹⁶ 347 US 483 (1954), na qual declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas.

¹⁹⁷ 372 US 335 (1963), por meio da qual decidiu que o suspeito de um crime deve ser informado de seu direito de consultar um advogado e de permanecer calado.

¹⁹⁸ 369 US 186 (1962), determinando a reorganização de distritos eleitorais, a fim de impedir a diminuição do peso eleitoral do voto dos negros.

¹⁹⁹ 376 US 254 (1964), na qual se estabeleceu o requisito da consciência da falsidade da notícia (ou negligência em sua verificação) a fim de ensejar danos morais ao ofendido.

²⁰⁰ 381 US 479 (1965), na qual declarou inconstitucional lei estadual que proibia o uso de métodos contraceptivos por casais.

nada obstante o importante precedente *Roe vs. Wade*²⁰¹ decidido por ela –, Rehnquist e Roberts).

Essa variação na orientação da Suprema Corte ao longo do tempo é um dos motivos – embora certamente não o único – que acende calorosos debates na academia norte-americana acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, eis que não se pode ficar na dependência de bons juízes para a valorização de direitos e dos procedimentos democráticos. A trajetória constitucional dos Estados Unidos é objeto de estudo por diversos autores e, no próximo item, iremos nos ocupar dos principais aspectos das teorias de três deles: John Ely, Robert Dworkin e Bruce Ackerman. É certo que muitos outros pensadores foram e são importantes para a teoria constitucional, mas, por critérios de espaço e relevância para a temática específica em análise no presente trabalho, apresentar-se-á, como justificado acima, apenas o pensamento dos três autores citados.

2.1.2. A busca de limites ao ativismo judicial

Os três autores mencionados, em suas teorias, intentam desenvolver um conceito de jurisdição constitucional que resolva o problema da legitimidade do *judicial review*, destacando a necessidade de imposição de limites à atuação jurisdicional nesse sentido, a fim de se assegurar o respeito à soberania popular. Suas teorias, recebidas com admiração pela doutrina, também são objeto de críticas e, por essa razão, ainda que em um breve espaço, iremos nos ocupar dos principais aspectos do trabalho desses autores, bem como antecipar algumas críticas que representam as razões pelas quais entende-se que essas teorias mostram-se insuficientes para a concepção de democracia defendida no presente trabalho.

John Hart Ely publicou um dos livros mais vendidos na história norte-americana, *Democracy and distrust*, no qual se propõe a fornecer uma terceira via à jurisdição constitucional, marcada pela divisão entre propostas dos originalistas (*interpretivists*) – para os quais a tarefa do Judiciário seria descobrir a intenção daqueles que escreveram

²⁰¹ 410 US 113 (1973), que declarou inconstitucional lei que vedava o aborto.

a Constituição, ou as propostas dos não-originalistas (*non-interpretivists*), para os quais o Judiciário deve descobrir os valores sociais²⁰². Para os primeiros, os juízes deveriam limitar-se às normas explícitas da Constituição; já para os segundos, as normas a serem aplicadas podem ser descobertas além da Constituição²⁰³.

Para Ely, a Suprema Corte tende a adotar a posição originalista, tanto porque permite identificar as razões da decisão no próprio direito posto, como porque dá maior plausibilidade às justificativas das decisões judiciais. Essa é a crítica que se faz aos não-originalistas, porque sua teoria permite que um corpo de juízes não eleitos estabeleça limites aos representantes democraticamente responsáveis perante o povo. Contudo, para o autor, não se pode esquecer que a maioria, no exercício do poder, pode atuar em seu único interesse, deixando as minorias sem proteção. Nesse sentido, faz-se necessária a intervenção judicial, tarefa que não representa uma invasão do princípio democrático²⁰⁴.

Ely sustenta que o argumento originalista, embora sedutor, mostra-se falso porque esbarra no problema intergeracional, vez que o texto constitucional foi escrito há muito tempo, por pessoas que não mais estão vivas, e mediante as crenças e valores presentes à época; logo, não mais representam a voz daqueles que vivem hoje sob a Constituição²⁰⁵. Ademais, ao analisar diversos dispositivos constitucionais bem como a maneira pela qual eles são aplicados pela Corte – cláusula do *due process*, privilégios ou imunidades e igualdade de proteção – Ely conclui que essa corrente é insuficiente para ser aplicada ao *judicial review*, pois sustenta que todos os exemplos demonstram ser a Constituição mais que texto, sendo necessário buscar fora dela os critérios para interpretação. Mas Ely também critica a corrente oposta, pois afirma que a função da Suprema Corte não pode ser a de “descobrir princípios”²⁰⁶ – estejam eles nos valores

²⁰² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. vii: “(...) we must stick close to the thoughts of those who wrote our Constitution’s critical phrases and outlaw only those practices they thought they were outlawing, or there is simply no way for courts to review legislation other than by second-guessing the legislature’s value choices.”

²⁰³ Idem, p. 1.

²⁰⁴ Idem, p. 3-9.

²⁰⁵ Idem, p. 11.

²⁰⁶ Idem, p. 43. Ely critica inclusive a possibilidade de observação de um consenso social pelos juízes, no momento em que decidem casos constitucionais. Para o autor, não existe consenso a ser

peçoais do juiz, no direito natural, em princípios neutros, na razão, na tradição, no consenso ou mesmo em previsões dos juízes.

Ely, então, apresenta sua própria teoria, investigando decisões da Corte Warren, para concluir que várias dessas decisões diziam respeito ao processo democrático, *locus* no qual seu ativismo judicial se desenvolveu, assegurando que o processo político estivesse efetivamente aberto à participação e à consideração das diversas opiniões. Ainda, outra gama dessas decisões consistia na proteção aos direitos das minorias, a fim de garantir um tratamento mais igualitário a essas pessoas²⁰⁷. Para desenvolver suas idéias, Ely parte da análise da famosa nota de rodapé em *United States vs. Carolene Products Co.*²⁰⁸, a qual estabelece duas justificativas para o controle de constitucionalidade, referentes à participação popular – controle popular e igualdade. O foco, aqui, não é o conteúdo de nenhum valor fundamental, mas a garantia da oportunidade de participação no processo político²⁰⁹.

O modelo de governo democrático, para Ely, é aquele representativo, dada a impossibilidade de que a população participe diretamente no processo de criação das leis. Mas desde o início os constituintes estavam cientes da possibilidade de opressão das minorias discordantes; logo, a proteção dos interesses desses grupos minoritários também conta com fundamento constitucional:

descoberto em uma sociedade díspar e plural como a norte-americana, além de não crer na possibilidade de que um juiz, sozinho, possa ser capaz de apreender a existência de um acordo tão profundo no que concerne a questões problemáticas como a proteção dos direitos fundamentais. Ademais, pela composição e forma de seleção dos membros das Cortes Judiciais e dos Parlamentos, Ely defende que estes últimos são locais muito mais propensos à descoberta de um consenso que o Judiciário.

²⁰⁷ Idem, p. 73-75.

²⁰⁸ Idem, p. 75-76: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth..."

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political process which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation...

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial minorities...; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry."

²⁰⁹ Idem, p. 77.

What the system, at least as described thus far, does *not* ensure is the effective protection of minorities whose interests differ from the interests of most of the rest of us. For if it is not the 'many' Who are being treated unreasonably but rather only some minority, the situation will not be so comfortably amenable to political correction. Indeed there may be political pressures to encourage our representatives to pass laws that treat the majority coalition on whose continued support they depend in one way, and one or more minorities whose backing they don't need less favorably. Even assuming we were willing and able to give it teeth, a requirement that our representatives treat themselves as they treat most of the rest of us would be no guarantee whatever against unequal treatment for minorities.²¹⁰

Para Ely, na Constituição, apesar de conter diversos dispositivos substantivos, há uma prevalência de preocupações com garantias procedimentais, em especial quando se analisa as emendas constitucionais pós-1913; logo, não há propriamente uma defesa de valores substantivos, pois não parte de uma ideologia de governo, mas a pretensão de assegurar um governo estável às disputas políticas, protegendo as instituições representativas²¹¹.

Daí advém a sua teoria de jurisdição constitucional, coadunando-se com a preservação do governo representativo. Aqui, o autor utiliza-se de duas metáforas, a do árbitro de futebol e a da política antitruste, para definir a função dos juízes nesse modelo: não deve preocupar-se com o estabelecimento de resultados, mas sim em atuar quando o sistema não estiver funcionando²¹². Para Ely, isso ocorre em duas circunstâncias: quando os canais de mudança política são obstruídos por aqueles que estão no poder, ou quando as minorias são prejudicadas pela maioria:

In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if any fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is underserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.²¹³

²¹⁰ Idem, p. 78.

²¹¹ Idem, p. 88-91. E prossegue o autor: "Don't get me wrong: our constitution has always been substantially concerned with preserving liberty. If it weren't, it would hardly be worth fighting for. The question that is relevant to our inquiry here, however, is how that concern has been pursued. The principal answers to that, we have seen, are by a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis with the decision-makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect."

²¹² Idem, p. 102-103.

²¹³ Idem, p. 103.

Nesses casos, pela externalidade em relação ao governo, os juízes encontram-se em melhor posição para a defesa do processo democrático.

Embora a tese de Ely seja o ponto de partida de diversas teorias mais contemporâneas, a verdade é que seu privilégio à democracia representativa retira muito de seu potencial persuasivo, pois hoje se anseia pela busca de novos meios de participação popular, que não aquele exercido unicamente pelo voto e, nesse sentido, a fim de colaborar com a concretização de um regime mais inclusivo, o Judiciário também seria chamado a assegurar essas novas formas de participação política. Ademais, é realmente possível afirmar que os únicos direitos a serem protegidos pelo Judiciário são aqueles, em última instância, referentes à participação igualitária do indivíduo no processo de escolha dos representantes? Ainda, as decisões judiciais não encerram nenhum julgamento de substância, apenas de forma?

Outro autor importante para a teoria constitucional norte-americana é Ronald Dworkin. Ao contrário de Ely, para Dworkin nenhuma decisão judicial protege apenas procedimentos em si, pois sempre estão envolvidos julgamentos de valores, ou seja, em sua visão, as decisões judiciais sempre apresentam uma referencia à moralidade, no caso, a moralidade comunitária.

Contrapondo-se ao positivismo, Dworkin rejeita a idéia de que os juízes, nos casos difíceis, tenham um “poder discricionário” para solucionar o caso, já que não encontram regra expressa no ordenamento. Para o autor, isso abre a possibilidade de que o juiz legisle no caso concreto, aplicando direitos retroativamente e comprometendo a segurança jurídica em sociedades democráticas²¹⁴. Ele defende que os juízes precisam, no caso concreto, encontrar os direitos das partes, e apresenta sua teoria com base na distinção entre argumentos de princípio (*principles*) e argumento de política (*policies*). Os argumentos de política embasam as decisões de cunho político, demonstrando a proteção ou a obtenção de algum objetivo coletivo da comunidade; por sua vez, os argumentos de princípio embasam decisões no sentido de demonstrar a proteção a algum direito individual ou de um grupo social. As decisões que justificam programas legislativos costumam apoiar-se nesses dois tipos de argumentos.

²¹⁴ DWORKIN, R. *Los derechos...*, p. 146.

Entretanto, nas decisões judiciais, especialmente nos casos difíceis, somente as justificativas baseadas em argumentos de princípio podem ser consideradas adequadas²¹⁵.

As conhecidas objeções ao “poder criador dos juízes”, segundo Dworkin, não tem o condão de infirmar decisões lastreadas em argumentos de princípios. Com efeito, é usual que se oponham duas questões à revisão judicial das leis pelo Judiciário. A primeira delas consiste na afirmação de que, como o princípio democrático exige que a sociedade seja governada por pessoas eleitas para tanto, e em se considerando que os juízes são selecionados por métodos diferentes do eletivo, e, portanto, não detêm responsabilidade política perante o eleitorado, não devem atuar como se legisladores fossem. A segunda refere-se à violação a segurança jurídica exigida numa democracia, pois quando o juiz age como legislador, ocasiona surpresa entre as partes, ao aplicar um direito criado após a configuração do fato debatido em juízo²¹⁶. Para ele, efetivamente, as decisões sobre políticas devem ser tomadas mediante o adequado processo político, mas quando se refere à decisão judicial, nesses termos, ela não cria direito novo, mas reconhece aquele direito que a parte já possuía²¹⁷. Essa é a chamada *tese dos direitos*. Contudo, Dworkin adverte que, pela tese dos direitos, os juízes não podem considerar apenas o caso isolado no momento de proferir sua decisão, mas devem procurar enquadrá-la numa teoria abrangente de princípios que seja compatível com outras decisões tomadas anteriormente e que fazem parte da história institucional daquela comunidade²¹⁸.

A fim de melhor apresentar seus argumentos, Dworkin cria a figura de *Hércules*, um juiz “*dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas*”²¹⁹, o qual deve decidir em casos difíceis levando em consideração as considerações acima lançadas. Ao se deparar com uma situação que não encontra resposta explícita no ordenamento, Hércules precisa questionar-se acerca da razão pela qual a Constituição pode criar direitos; como resposta, descobre que a Constituição tem como função

²¹⁵ Idem, p. 147-150.

²¹⁶ Idem, p. 150.

²¹⁷ Idem, p. 150-151.

²¹⁸ Idem, p. 153-154.

²¹⁹ Idem, p. 177.

estabelecer as bases de um sistema político aceito pelos destinatários por razões de equidade. Após, Hércules precisa questionar-se acerca dos princípios estabelecidos por essa Constituição, elaborando uma teoria constitucional. Como mais de uma teoria pode se adequar à solução do caso, ele deve selecionar aquela que melhor se coaduna com o sistema constitucional²²⁰. Como aos casos difíceis, geralmente, mais de uma lei se mostra aplicável, Hércules deve construir uma teoria política que justifique a lei que entende aplicável à situação, e que demonstre que ela soluciona o caso melhor que qualquer outra teoria²²¹.

Hércules, no entanto, ainda terá que inserir sua teoria dentro de uma história institucional, ou seja, deverá buscar estabelecer uma coerência especial entre sua decisão e os precedentes anteriores, por razões de equidade, ou seja, para tratar casos semelhantes da mesma maneira²²². Aqui se insere a idéia de Dworkin que trabalha o *direito como integridade*, ou seja, não se trata apenas de manter uma coerência cega às decisões do passado. Conceber o ordenamento jurídico-constitucional enquanto integridade significa buscar uma coerência no âmbito dos princípios, ou seja, vai tentar encontrar no passado aquele conjunto de princípios que justificam não apenas o precedente a ser considerado, mas todo o contexto no qual aquela decisão encontra-se imersa e que permitem entender a *força gravitacional* do referido precedente:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.²²³

Dessa forma, não faz sentido a afirmação de que apenas os legisladores eleitos estão em condições de tomar quaisquer decisões políticas. Para o autor, se o juiz toma sua decisão baseado apenas em uma visão particular, ele efetivamente ofende o princípio democrático; entretanto, Hércules empenha-se em identificar uma “moralidade

²²⁰ Idem, p. 177-179.

²²¹ Idem, p. 180.

²²² Idem, p. 182-184.

²²³ DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

comunitária”, advinda das leis e instituições da própria comunidade. Nesse sentido, a teoria constitucional norte-americana não protege apenas o princípio majoritário, mas também defende as minorias da tirania da maioria, e esse limite é conferido pelos direitos morais dos indivíduos, mesmo frente à vontade da maioria²²⁴. São esses direitos que o julgador deve descobrir – e não inventar – e aplicar aos casos difíceis.

Voltando à questão da jurisdição constitucional, Dworkin defende que, institucionalmente, a posição dos juízes mostra-se mais favorável para decidir sobre direitos – que o autor considera como *trunfos* –, porque não se sujeitam às pressões que incidem sobre o Legislativo. Ademais, para ele o fato de algumas decisões serem transferidas à seara do Judiciário não leva, necessariamente, à perda de poder político pelos cidadãos, por exemplo as minorias, que não têm voz perante um governo majoritário. Desta feita, entrega de determinadas decisões aos juízes representa uma ampliação da garantia da igualdade aos cidadãos, o que, em verdade, fortalece a democracia²²⁵.

Fazendo uma analogia entre direito e literatura, Dworkin sustenta que, enquanto integridade, o direito é prática interpretativa, devendo, como acima ilustrado, guardar consonância tanto com o passado como com o futuro, visualizando a prática jurídica como um processo inacabado. Assim, para o autor, o direito pode ser entendido como um romance em cadeia (*chain novel*), ou seja, diversos capítulos, escritos por autores diferentes, sendo que cada um interpreta os capítulos anteriores para escrever o seu, que será complementado pelo autor seguinte:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...)

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o

²²⁴ DWORKIN, R. *Los Derechos...*, p. 198-201.

²²⁵ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25-32.

caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.²²⁶

Assim como na literatura, a intenção é sempre criar o melhor direito possível, encontrando uma interpretação adequada ao texto que já foi escrito anteriormente, e, caso mais de uma interpretação se mostre possível, deve escolher aquela que melhor se encaixa no conjunto da obra inacabada. Duas dimensões devem ser observadas pelo intérprete-juiz, no entanto, em seu labor de perscrutar a história institucional daquela comunidade de princípios, no momento da tomada de decisão. A primeira é a dimensão da adequação, pela qual nenhuma interpretação mostra-se válida se crê o intérprete que ela jamais seria utilizada pelos demais autores e intérpretes do texto considerado, eis que se faz necessária a manutenção dos elementos essenciais do material interpretado (em se considerando o direito, trata-se de encontrar uma interpretação que melhor se coadune com os precedentes considerados). A segunda dimensão é aquela que exige do intérprete que encontre, dentre todas aquelas possível, a interpretação que melhor se ajusta à obra em andamento, ou seja, aquela que melhor justifica os argumentos de princípio utilizados²²⁷.

Embora sua teoria seja atraente, por considerar a necessidade de observância da história institucional, Dworkin vem recebendo algumas críticas, em razão da pouca consideração que dispensa aos direitos sociais, da dificuldade em se separar, com clareza, argumentos de política e argumentos de princípio, de forma a justificar uma diferenciação tão absoluta entre a tarefa de legislar e a tarefa de julgar, tal como presente em sua obra. Mas a principal crítica que se faz a seu pensamento reside na figura de Hércules. Para além de representar um juiz imaginário, Hercules padece de um grave vício, não sanado na teoria dworkiniana: ele não dialoga, nem com os jurisdicionados, nem com o restante da comunidade a ser potencialmente afetado por sua decisão. Hércules, embora tenha que considerar a moral comunitária ao tomar suas decisões, não dialoga com a comunidade destinatária em nenhum momento, não abrindo espaço, assim, para a participação dos afetados no processo de tomada de decisão. Ele encontra sozinho essa moralidade comunitária à qual deve obediência,

²²⁶ DWORKIN, T. *O império...*, p. 276-277.

²²⁷ Idem, p. 275-279.

circunstancia que levanta dúvidas sobre se, realmente, a teoria de Dworkin afasta a possibilidade de discricionariedade judicial, ou se somente desloca o problema para passar a considerar, também, a percepção do juiz em relação àquilo que seja uma comunidade de princípios.

Por sua vez, Bruce Ackerman, na obra *We the People: Foundations*, apresenta seu modelo de *democracia dualista* como aquele mais adequado para se pensar a história constitucional norte-americana, e também procura demonstrar de que forma compatibilizar o princípio democrático e a jurisdição constitucional. Esse modelo caracteriza-se pela existência de dois tipos de decisões políticas; “*the first is a decision by American people; the second, by their government*”²²⁸.

Para ele, a manifestação popular característica da cidadania (mais precisamente, o povo nas ruas) somente ocorre de forma muito rara e em momentos de grande impacto ou mudança política. Esses momentos “revolucionários”, nos quais o povo faz valer a sua vontade soberana, são especiais e conferem legitimidade às decisões políticas posteriores. De outra parte, as decisões do governo são aquelas cotidianas, as quais não dispõem do mesmo potencial fundante das decisões tomadas pelo próprio povo, pois as eleições periódicas não consistem em meios legitimadores com a mesma força dos períodos de manifestação popular²²⁹.

Ackerman opõe-se às teorias monistas, que se caracterizam por conferir aos representantes uma “carta branca” no que concerne à tomada de decisões, bastando

²²⁸ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University, 1991, p. 6.

²²⁹ Idem, p. 6-7: ‘Decisions by the People occur rarely, and under special conditions. Before gaining the authority to make supreme law in the name of the people, a movement’s political partisans must, first, convince an extraordinary number of their fellow citizens to take their proposed initiative with a seriousness that they do not normally accord to politics; second, they must allow their opponents a fair opportunity to organize their own forces; third, they must convince a majority of their fellow Americans to support their initiative as its merits are discussed, time and again, in the deliberative for a provided for ‘higher lawmaking.’ It is only then that a political movement earns the enhanced legitimacy the dualist Constitution accords to decisions made by the People.

Decision made by the government occur daily, and also under special conditions. Most importantly, key officials must be held accountable regularly at the ballot box. In addition, they must be given incentives to take a broad view of the public interest without the undue influence of narrow interest groups. Even when this system of ‘normal lawmaking’ is operating well, however, the dualist Constitution prevents elected politicians from exaggerating their authority. They are not to assert that a normal electoral victory has given them a mandate to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the People.”

que suas eleições tenham sido realizadas de acordo com procedimento justos e livres. Assim, para os monistas, o Judiciário não pode invalidar uma norma promulgada pelo Legislativo, pois atuará de forma contrária à democracia e à soberania popular. Para o autor, contudo, dentro do modelo dualista, a autoridade do povo é conferida naqueles momentos especiais mencionados acima, cabendo à Suprema Corte a defesa das conquistas históricas dos cidadãos, tarefa esta que não pode ser considerada antidemocrática²³⁰. Ackerman também se opõe às teorias fundamentalistas, que limitam a soberania popular por meio dos direitos fundamentais (e aqui, ele enquadra, inclusive, Dworkin). Para a posição dualista, entretanto, em matéria de tutela judicial, em primeiro lugar vêm os compromissos democráticos, e depois vêm os direitos, prioridade que se inverte para os fundamentalistas. Ackerman sustenta que a Constituição Norte-Americana é dualista, porque não afirma que os direitos são indiscutíveis, sustentando, inobstante, que o povo tem o direito de mudar de opinião em relação a eles²³¹. Por fim, o dualismo também é contrário ao historicismo inspirado em Burke, pois não concorda com a idéia de evolução gradual do constitucionalismo, que não levaria em conta a importância dos momentos de ruptura que geraram as grandes conquistas da cidadania norte-americana²³².

Para Ackerman, o dualismo trabalha na perspectiva de um diálogo intergeracional, intentando compreender os processos políticos do passado para resolver as necessidades do presente. A construção da democracia norte-americana, para ele, é decorrente de um processo revolucionário que se manifesta em três momentos da história: com o processo de Independência e formação nacional, na Reconstrução com o fim de escravidão, e no *New Deal*. Ele pretende a construção de um republicanismo liberal, pois afirma que os *Founders* não pretendiam a constituição de um sistema de direitos naturais ou de uma sociedade com determinadas

²³⁰ Idem, p. 7-10.

²³¹ Idem, p. 10-16: "My argument against foundationalism focuses on the fact that our Constitution has never (...) explicitly entrenched higher law against subsequent revision by the People. While the original Constitution gave higher law protection to slavery, at least it did not try to make it unconstitutional for Americans of later generations to reconsider the question; similarly, when Americans of the early twentieth century enacted Prohibition into higher law, they did not seek to make the amendment unamendable. In these two cases, of course, the people have exercised their right to change their mind. And few among us would say that we were the worse for repeal."

²³² Idem, p. 16-24.

características, mas discutiam questões relativas à cidadania, o que leva à conclusão de que as liberdades estão profundamente vinculadas ao exercício da cidadania²³³.

Ackerman rejeita o “mito do bicentenário” (*the bicentennial myth*), o qual sustenta ser a história constitucional norte-americana um único período linear de duzentos anos²³⁴. Para ele, os três períodos acima citados podem ser identificados como situações de ruptura na trajetória constitucional dos Estados Unidos:

The first of these jugenerative eras is the Founding itself – the framing of the original Constitution and the Bill of Rights, the Supreme Court's initial assertion of judicial review in *Marbury vs. Madison*. A second great period occurs two generations later, with the bloody struggles that ultimately yield the Reconstruction amendments. Then there is another pause of two generations before a third great turning point. This one centers on the 1930's and the dramatic confrontation between the New Deal and the Old Court that end in the constitutional triumph of the activist welfare state.²³⁵

Os defensores do mito do bicentenário não reconhecem à Reconstrução e ao *New Deal* o potencial revolucionário, asseverando que eles apenas representariam um resgate de valores, mas não uma ruptura com o momento anterior²³⁶. Para Ackerman, contudo, na Reconstrução foram afastados dois princípios básicos da Constituição: o princípio federativo e a noção de que somente por uma assembléia constituinte seria possível reformar a Constituição²³⁷. Por sua vez, no *New Deal*, não houve processo formal de mudança no texto constitucional, mas concretizou-se a idéia de que cabe à Suprema Corte a introdução de mudanças no campo social e econômico, de acordo com o estado de bem-estar social que se impunha à época²³⁸. Ambos os momentos, portanto, foram circunstâncias de grande mobilização popular. Essa é a razão pela qual Ackerman afirma que, embora sob uma única Constituição, os Estados Unidos viveram sob três regimes constitucionais distintos²³⁹.

Ele também rejeita a assertiva de que, entre a Reconstrução e o *New Deal* não houve produção significativa de decisões pela Suprema Corte, pois, em verdade, as decisões foram proferidas de acordo com os valores da época. O autor cita dois

²³³ Idem, p. 29-33.

²³⁴ Idem, p. 34.

²³⁵ Idem, p. 40.

²³⁶ Idem, 40-44.

²³⁷ Idem, p. 44-46.

²³⁸ Idem, p. 46-50.

²³⁹ Idem, p. 58.

precedentes para demonstrar sua tese. O primeiro, *Dread Scott vs. Sandford*, de 1857, pelo qual a Corte rejeitou a concessão de cidadania aos negros livres; e o caso *Lochner vs. New York*, pelo qual a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que estabelecia limites de jornada de trabalho, pela invasão no direito de contratar. Ackerman afirma que é mais fácil aceitar a primeira decisão, porque ela foi proferida sob a égide de norma constitucional posteriormente revogada, do que o caso *Lochner*, após a emergência do *New Deal*.²⁴⁰

A teoria de Ackerman sofre muitas críticas, embora a intenção de legitimar a jurisdição constitucional como guardião da vontade popular seja bastante atraente. Contudo, não fica claro no livro porque identificar apenas dois tipos de decisões políticas e de que forma Ackerman chegou a apenas três momentos revolucionários na história institucional norte-americana. Ademais, defender que a vontade soberana do povo se exerce apenas nos momentos de explosão da cidadania, e desconsiderar a necessidade de sua participação efetiva também no que se refere às decisões governamentais não parece adequado com a concepção de democracia que aqui se defende, pois não há qualquer possibilidade, dentro da democracia dual de Ackerman, do desenvolvimento de uma consciência democrática nos cidadãos. Finalmente, também não há qualquer clareza em sua obra de qual seria o estopim apto a gerar essa comoção nacional destinada à consecução desses momentos revolucionários, o que se mostra fundamental para se compreender por que, considerando-se que os momentos revolucionários de grande explosão são marcados unicamente pela explosão de paixões muitas vezes estéreis, deles derivam tão sérias conseqüências para o desenvolvimento das atividades político-democráticas posteriores pelos representantes.

²⁴⁰ Idem, p. 62-67.

2.2. – A posição da doutrina constitucional brasileira

2.2.1. Um pouco da trajetória constitucional-democrática brasileira

Falar de um constitucionalismo brasileiro, assim como falar de democracia em nosso País, leva à sensação de que se está a tratar de tema recente em nossa história constitucional. Se se levar em conta as perspectivas pelas quais a temática é tratada, de fato, os fenômenos a que assistimos atualmente consistem em novidade para os brasileiros.

Principia-se a análise olhando para o passado, sem o objetivo de uma visão pessimista acerca das possibilidades da democracia em nosso País, pois, se, de um lado, conforme Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “*o poder soberano do povo, em estado puro, ditando a vontade suprema da Nação, só tem aparecido em ocasiões raras, de sorte que seu exercício político imediato fica freqüentemente cortado pela intermediação e infidelidade de governantes habituados ao poder sem freio e sem limitações*”²⁴¹, de outro, defende-se, porém, que o passado deve servir como um alerta e um aprendizado, não como uma justificativa para a abdicação da luta pela construção de uma sociedade mais inclusiva e democrática.

O critério de análise é representado pelos momentos históricos nos quais as sete Constituições de nossa história independente foram promulgadas, sem a pretensão de descobrir um evoluir histórico que desaguou na Constituição de 1988, mas com a finalidade de averiguar a construção de uma comunidade orientada pela adoção dos princípios democráticos no Brasil. Ainda, ressaltar-se-á a previsão dos mecanismos de jurisdição constitucional no País ao longo dessa trajetória constitucional.

O período imperial foi marcado, institucionalmente, pela adoção de uma “*dimensão classista do Estado Liberal*”²⁴², adotando-se, no texto constitucional de 1824, seus principais instrumentos, como a separação de poderes e o princípio

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003, p. 13.

²⁴² Idem, p. 107.

representativo. No que tange à previsão de participação popular nas esferas de governo,

A Constituição de 1824 estabeleceria, em seus artigos 90 e 91, V, que ‘a massa dos cidadãos ativos’, que comporiam as Assembléias Paroquiais – e que a legislação posterior denominaria de ‘votantes’ – deveriam contar com ‘renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos’. E, em seu artigo 94, I, determinara que os ‘eleitores de Província’ – que votariam, em segundo grau, nos ‘Representantes da Nação e Província’ – deveriam ter ‘renda líquida de duzentos mil réis’. Poderiam ser nomeados Deputados os eleitores que tivessem quatrocentos mil réis de renda líquida (art. 95) e para Senador, exigia-se ‘de rendimento anual por bens, indústria, comércio ou empregos, a soma de oitocentos mil réis’ (art. 45, IV).²⁴³

O voto era, portanto, censitário, o que, à época, ocorria em todo o mundo²⁴⁴, dentro da já trabalhada idéia de que a soberania popular precisava de feios para não comprometer a estabilidade do sistema e os direitos fundamentais (de propriedade). Ademais, mesmo esse desenho democrático-constitucional (considerados os padrões da época) via-se fortemente inibido pela presença de um Poder Moderador conferido ao Imperador, o qual, na prática, exercia o controle dos demais poderes, circunstância que, somada ao voto censitário e às condições precárias de vida da população, prejudicou sobremaneira o desenvolvimento de alguma forma de consciência democrática. Como nosso sistema político-constitucional inspirava-se nos modelos europeus²⁴⁵ – os quais, como visto acima, rejeitavam a idéia de um *judicial review* aos moldes norte-americanos – não havia qualquer previsão de um controle de constitucionalidade das leis na Constituição de 1824.

Pouco se modificou com a Proclamação da República, nesse aspecto. Muito embora tenha sido instituído o sufrágio universal²⁴⁶, a mudança de governo não era uma demanda popular, e o povo foi alijado desse processo; ademais, o voto às mulheres ainda não era permitido.

Entretanto, pela primeira vez, o Brasil tornava possível a instauração de uma jurisdição constitucional, ao prever a existência de um controle incidental da

²⁴³ PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da colônia a quinta república*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989, p. 97.

²⁴⁴ Cf. Idem, p. 101.

²⁴⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-122.

²⁴⁶ Cf. BONAVIDES, P; PAES DE ANDRADE. *Op. cit.* p. 220.

constitucionalidade das leis, a ser aferida de modo difuso, ou seja, pelos juízes quando do julgamento de casos concretos²⁴⁷.

Getúlio Vargas chegou ao poder em 1930, tendo sido promulgada nova Constituição em 1934. Dois anos antes o voto foi estendido às mulheres e foi criada a Justiça Eleitoral. Pela primeira vez, a nova Constituição previa uma espécie de generalização do controle difuso de constitucionalidade, quando atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender o ato normativo declarado inconstitucional – na via incidental – pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o Golpe de Estado em 1937, as condições virtuais para o exercício do voto foram mantidas, mas não exercidas por se tratar de um período ditatorial. O texto constitucional trazia, pela primeira vez no Brasil, a previsão de plebiscitos, mas nenhuma das hipóteses constitucionais ocorreu, nem mesmo aquela que previa a consulta plebiscitária para a aprovação do próprio texto constitucional²⁴⁸. Exercendo o chefe do Executivo, como convinha aos regimes ditatoriais do período marcado pela ascensão do nazi-fascismo, o controle sobre o Legislativo, por meio da edição de decretos-lei, e também sobre o Judiciário, desautorizando muitas de suas decisões, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade de então nada mais era do que letra morta na Constituição.

Com a redemocratização, a Constituição de 1946 apresentou um texto progressista, responsável pela previsão de grande gama de direitos sociais e pela restauração da plenitude do direito de voto dos cidadãos. Além da manutenção do controle incidental e difuso pelo texto constitucional, previu-se o primeiro mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, a representação interventiva

²⁴⁷ Mostra-se oportuna a citação de Gustavo Binenbojm, que esclarece a diferença existente entre controle incidental e controle difuso: “Tal sistema é usualmente denominado incidental *ou* difuso, como se esses adjetivos fossem sinônimos, o que não é correto. Com efeito, nem todo sistema de controle incidental atribui *difusamente* aos órgãos jurisdicionais competência para decidir o incidente de inconstitucionalidade. Em vários países (...) os juízes têm o poder de apenas conhecer e suscitar o incidente, elevando-o à apreciação da Corte Constitucional; e a esta se reserva, em caráter *concentrado*, a competência para dirimir as questões de constitucionalidade (...). Assim, o correto é dizer que com a Constituição republicana de 1891 foi introduzido no Brasil um sistema de controle judicial incidental e difuso da constitucionalidade das leis.”

²⁴⁸ De acordo com Bonavides e Paes de Andrade, “a primeira fraude constitucional estava precisamente no dispositivo que condiciona a manutenção da Lei Maior à manifestação plebiscitária da Nação. Esta, jamais se efetivou” (*Ob. cit.*, p. 346).

perante o Supremo Tribunal Federal, de iniciativa do Procurador-Geral da República – ressaltando-se que, à época, o Ministério Público conjugava suas funções de defensor do patrimônio público e de advogado-geral da União Federal. De fato, essa modalidade representava também a instauração de um controle abstrato das leis, na medida em que referida representação não estava vinculada a nenhum caso concreto, mas permitia o confronto, em tese, das leis estaduais e municipais frente aos ditames da Constituição Federal.

Contudo, o Golpe Militar de 1964, apoiado por parcela considerável da sociedade, temerosa dos planos reformadores anunciados por João Goulart, representou grande retrocesso no que tange à configuração de um regime democrático no Brasil, passando o País a viver por vinte anos uma ditadura militar, a exemplo de outros países da América Latina. Tamanho autoritarismo contribuiu decisivamente para o desinteresse da população por assuntos políticos, aumentando o número de votos em branco ou nulos²⁴⁹. O período será sempre lembrado

[pela] violência do poder autoritário, com presos políticos sem culpa formada, torturas nos cárceres. Assassínios cometidos em todo o País sob a égide de uma doutrina de segurança que não era outra coisa senão a segurança do poder arbitrário fugindo ao debate público e à eleição do presidente da República, dos governadores e dos prefeitos.²⁵⁰

Nada obstante, em 1965, uma Emenda Constitucional introduziu no Brasil a ação direta genérica, com a possibilidade de questionamento também das leis federais em face da Constituição, momento no qual o Brasil passou a contar com os dois sistemas de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado²⁵¹, sistema misto que perdura até os dias de hoje. Contudo, em se tratando de um regime ditatorial, o exercício desse controle normativo era subjugado pelo Poder Executivo, já desde a nomeação do Procurador-Geral da República, ato privativo do chefe do Executivo; como aquele era o único legitimado para referida representação perante o Supremo Tribunal Federal, o instituto acabou sendo subutilizado, sem espelhar nenhum potencial democrático ou de salvaguarda de direitos fundamentais.

²⁴⁹ Cf. BONAVIDES, P; PAES DE ANDRADE. *Op. cit.* p. 435.

²⁵⁰ *Idem*, p. 448.

²⁵¹ Cf. VELLOSO, Carlos Mário. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 12, mar/2002, p. 3.

A volta à democracia concretizou-se com a promulgação da Constituição de 1988. A participação popular na Constituinte foi intensa, devido à cobertura da imprensa e à ampla possibilidade de associações e reuniões populares. Essa participação “*não resultou em adoção de propostas populares, mas o fato é que sugestões e emendas com milhões de assinaturas chegaram ao Congresso e foram submetidas à Comissão de Sistematização, permitindo-se aos indicados pelos subscritores das mesmas, o direito de palavra no Plenário*”²⁵². A Constituição Cidadã dispõe em seu art. 1º, parágrafo único: “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. O novo texto garante o sufrágio universal e o voto direto e secreto. Assegura ainda a participação popular através de plebiscitos, referendos e da iniciativa popular, segundo consta no art. 14. Há, ainda, outras hipóteses de consulta plebiscitária para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios e Estados. Como forma de garantia dos direitos fundamentais, o texto prevê a utilização de diversos meios pelos cidadãos, ampliando o acesso à justiça bem como atribuindo ao Ministério Público a proteção de interesses coletivos e difusos. Os meios dispostos pela Constituição consistem em *habeas corpus*, mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e *habeas data*.

Em relação ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 manteve a previsão da coexistência das formas concentrada e difusa. Quanto ao controle concentrado, o texto original aumentou o número de legitimados à sua propositura, e previu como mecanismos a ação direta de inconstitucionalidade²⁵³ (inclusive por omissão) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – muitas vezes utilizada como sucedâneo da ADIN quando esta não for cabível pela não verificação dos pressupostos processuais e materiais. Pela Emenda Constitucional nº 03/93,

²⁵² BONAVIDES, P; PAES DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 479-480.

²⁵³ A Emenda Constitucional nº 45/04 aumentou ainda mais o número de legitimados para a propositura de ADIN; agora, podem propor tanto as ações diretas como as declaratórias de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

introduziu-se a ação declaratória de constitucionalidade, por meio da qual se busca encerrar as discussões acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo constantemente questionado perante as Cortes inferiores.

No que concerne às competências do Supremo Tribunal Federal, a nova Constituição, além de consagrá-lo como seu guardião, deu-lhe diversas outras funções, algumas relacionadas ao exercício da jurisdição constitucional, e outras que o colocam como instância recursal e de análise de pleitos originários, levando Oscar Vilhena Vieira a falar no fenômeno da *Supremocracia*²⁵⁴. Esse poderio da Corte Suprema foi deveras majorado tendo em vista a emergência da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da qual se introduziu no Brasil a adoção de mecanismos como a súmula vinculante, tornando suas decisões de observância obrigatória perante os Tribunais e a Administração.

O Supremo Tribunal Federal, então, passa a localizar-se muitas vezes no centro do processo político brasileiro, chamado a resolver a grave crise institucional de confiança da população no Legislativo, e na necessidade de se refrear o Executivo, sob a tarefa de guarda-mor da Constituição e da cidadania. Se o período liberal foi a época da figura do legislador, com os Parlamentos representando a garantia do exercício dos direitos de liberdade e de propriedade dos cidadãos; o Estado Social centralizou-se no Executivo, pela necessidade de respostas rápidas para o enfrentamento de crises econômicas e para a consolidação dos direitos sociais característicos do *Welfare State*; com a emergência do Estado Democrático de Direito, passou-se a exigir uma concentração de poderes maior nas mãos dos juízes (em especial das Cortes Supremas), aptos a efetivarem as garantias constitucionais e a defender o povo da ineficiência dos demais poderes.

Essa circunstância, como vimos, não é nova nem exclusiva do caso brasileiro. O que chama a atenção é a constante disposição do Judiciário, e especialmente do

²⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 487: “*Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. *Supremocracia* tem aqui um duplo sentido: O primeiro refere-se ao poder do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. (...) Num segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à relação do Tribunal com os demais poderes.”

Supremo Tribunal Federal, em posicionar-se como garantidor único da Constituição e dono da última palavra em diversos temas relevantes para a vida da nação, tornando-se, assim, uma espécie de protetor da jovem democracia brasileira.

Vários casos, nos últimos anos, que envolvem a interferência em leis promulgadas com amplo respaldo da sociedade, no juízo de discricionariedade em relação às políticas públicas, no processo político-eleitoral, dentre outros, chamaram a atenção para a necessidade de se pensar (e repensar) a legitimidade da atuação do Supremo em demandas de natureza política cuja essencialidade – pois remontam à própria constituição do povo como uma comunidade política – leva a questionar a jurisdição constitucional enquanto meio passível de ensejar o enfraquecimento do princípio democrático entendido como corolário da soberania popular, na medida em que são decididas matérias em foro não eleito para tanto e sem possibilidade de controle popular, somado à circunstância de não ser o Judiciário o lócus por excelência do debate público.

Ressalte-se que a própria Constituição de 1988 dá margem a essa hipervalorização do papel do Supremo enquanto guardião da Constituição. Com efeito, trata-se de texto extenso, com diversas normas garantidoras de direitos individuais e sociais, que, desconfiada do Legislador, esmiuçou diversas matérias e, conferindo ao Poder Judiciário a tarefa de defendê-la e interpretá-la de forma autorizada, enseja a retirada do espaço público do debate de muitos temas, além de contribuir sobremaneira com o desprestígio dos outros Poderes²⁵⁵. Em especial, o extenso rol de direitos e garantias – afirmados positivamente após o longo período ditatorial de suspensão de direitos – cuja tarefa é a de emancipar o povo brasileiro da miséria e da desigualdade, em vinculação com o princípio reitor da dignidade da pessoa humana²⁵⁶, deságua,

²⁵⁵ Não que o próprio Poder Judiciário não sofra críticas pela população, em especial pela demora na resolução dos procedimentos. Fato digno de atenção, contudo, é a grande preocupação dos poderes públicos com o aumento da estrutura do Judiciário e com a implantação de modificações nos códigos processuais a fim de se reduzir o tempo das demandas; contudo, nenhuma medida encontra-se na agenda de medidas públicas em relação à majoração e ao aperfeiçoamento da participação popular na propositura de leis e nas decisões do Executivo, além daquelas já existentes, muitas vezes inócuas e extremamente burocratizadas.

²⁵⁶ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 487.

diante do quadro omissivo dos demais Poderes, na exigência de uma atuação positiva por parte dos juízes, a fim de efetivar os direitos de cidadania. Abaixo, começaremos a problematizar especificamente os problemas da realidade democrático-constitucional brasileira, com a análise doutrinária acerca do tema.

2.2.2. A posição doutrinária: entre a efetividade e o procedimentalismo

A posição da doutrina nacional não é homogênea frente a tal problemática, mormente diante de decisões recentes e polêmicas da Corte Suprema. É pertinente, nesse íterim, a citação das circunstâncias referentes à ADI 3.510-0, relativa à possibilidade de pesquisas com células tronco. A lei de biossegurança, questionada nessa medida, foi promulgada após ampla participação da sociedade civil, através de dezenas de consultas públicas e debates entre todos os setores diretamente atingidos na sociedade, tendo sido votada por expressiva maioria do Congresso Nacional. Poucos diplomas legislativos puderam gozar, em nossa realidade, de tamanho respaldo social. Contudo, a lei teve sua constitucionalidade questionada por setores mais conservadores, tendo sido a controvérsia constitucional levada ao Supremo, o qual rejeitou o argumento de que deveria utilizar-se da auto-contenção em nome do respeito ao processo democrático de elaboração da lei, passando ao exame das minúcias do caso e desconsiderando completamente a existência de processo de discussão pública legítimo em sua elaboração e votação²⁵⁷. Referida lei foi, afinal, declarada constitucional; entretanto, notou-se a grande disposição dos Ministros da Corte em dar, sempre, a última palavra no que se refere às decisões mais fundamentais da vida pública brasileira, olvidando-se, por completo, da circunstância de que não foram eleitos pelo voto popular para decidir tais questões, nem se submetem ao controle dos cidadãos.

Como vimos acima, é a própria Constituição de 1988 que criou um ambiente propício ao ativismo judicial, dada a grande quantidade de direitos ali positivados e não efetivados, bem como a existência de diversas normas tradicionalmente definidas como

²⁵⁷ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, p. 495.

de conteúdo programático, reconhecendo o constituinte a imensa falta de condições materiais de vida digna da população brasileira, bem como abrindo espaço à busca pela concretização desses direitos e políticas perante o Judiciário.

No período imediatamente posterior à consolidação da nova Constituição, grande parte da doutrina constitucionalista nacional empenhou-se em superar um paradigma excessivamente positivista²⁵⁸ no ordenamento jurídico brasileiro, para afirmar a força normativa da Constituição, exigindo que ela fosse alçada ao centro do sistema político e irradiasse legalidade e legitimidade às demais normas do sistema. A luta, portanto, era pela consolidação de uma dimensão normativa ao texto constitucional, ao lado daquela visão de um documento político meramente enunciativo de desejos. Como sustenta Luis Roberto Barroso:

É nesse contexto fluido, ambíguo, por vezes inapreensível em suas múltiplas facetas, que se impõe a valorização do caráter normativo da Constituição, assegurando aos seus preceitos eficácia jurídica e social. Não se deve adiar o esforço de integrar o Direito constitucional ao processo histórico de promoção da justiça e da igualdade, no campo real e concreto – e não teórico ou retórico – da superação das estruturas anacrônicas da opressão política e social. O drama jurídico das Constituições contemporâneas, constata Paulo Bonavides, assenta precisamente na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata da declaração de princípios à ordem concreta das normas que se fazem cumprir.²⁵⁹

Assim, vencida a batalha pelo reconhecimento da normatividade da Constituição, inaugurando-se um paradigma pós-positivista²⁶⁰ no direito constitucional, passou então a doutrina pátria a pugnar pela plena e imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, um movimento que pode ser denominado como “doutrina brasileira da efetividade”. Em síntese, esse movimento busca a garantia

²⁵⁸ O termo “positivismo” foi mantido, por ser já expressão consagrada na dogmática jurídica brasileira. Contudo, é imperioso ressaltar a existência de diversas formas de “positivismo”, e que nem todas elas se opõem à centralidade da Constituição dentro do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o mais insigne representante positivista, Hans Kelsen, foi grande defensor da supremacia constitucional e da instauração de um controle de constitucionalidade a fim de assegurar a compatibilidade de todas as normas do sistema jurídico escalonado com as normas constitucionais. Deve-se ao gênio de Kelsen, inclusive, a criação de um controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, na década de vinte.

²⁵⁹ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73.

²⁶⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 125-126.

desses direitos, socorrendo-se justamente do Poder Judiciário, constitucionalmente escolhido para a defesa dos princípios e valores constitucionais, em detrimento da crise institucional e de confiança que atinge as instituições representativas.

Nomes como Luís Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula de Barcellos e tantos outros que, inspirados pelo modelo de *Constituição Dirigente* proposto por Gomes Canotilho, sustentam que o momento político vivido no Brasil, no qual se constata a existência de uma Administração Pública inchada mas ineficaz e de um Legislativo inerte e mais preocupado em assegurar privilégios do que em legislar para a população que os elegeu, confia às instâncias judiciais a tutela dos direitos e garantias fundamentais – e, em especial a efetividade das normas que expressam direitos sociais. A questão da legitimidade do Judiciário, nesses autores, resolve-se pela consideração de que essa missão lhes foi confiada pelo constituinte, por meio de documento que expressa a autoridade popular de forma mais contundente do que a formação de maiorias no âmbito do Congresso Nacional, cuja atuação diversas vezes distancia-se da vontade popular.

Para Luís Roberto Barroso, a exigência legitimatória de um *sentimento constitucional* é severamente abalada no Brasil, tendo em vista a descontinuidade institucional verificada na trajetória político-constitucional brasileira, sendo seu texto continuamente ignorado por grande parte da população brasileira²⁶¹. Especialmente atento à necessidade de que as normas constitucionais tenham inserção na sociedade, que os cidadãos sintam-se de fato regulados por ela, Barroso defende uma concepção de *efetividade* das normas constitucionais que vai além da eficácia jurídica, para atingir a eficácia social:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.²⁶²

Assim, face à especial situação da realidade brasileira, o autor lamenta que o Judiciário, por vezes, apresente uma timidez em relação à aplicação das normas

²⁶¹ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional...*, p. 48.

²⁶² Idem, p. 85.

constitucionais, no sentido de concretizar os direitos e as aspirações ali positivadas²⁶³; defende, portanto, uma maior intervenção do Judiciário Nacional no controle dos atos do Legislativo e do Executivo, cuja legitimidade adviria, justamente, da necessidade de se dar efetividade plena à Constituição, por meio de uma postura mais ativista por parte dos juízes:

É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações [o modelo norte-americano]. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis.²⁶⁴

Para os autores que se filiam a essa “doutrina da efetividade”, nosso modelo não se enquadra naquele da *separação de poderes*, consagrado pelo constitucionalismo clássico, mas fala-se em *harmonia entre os poderes*, não sendo vedado ao Judiciário controlar as atividades típicas dos demais Poderes; ao revés, deve exercer um controle negativo e positivo sobre a atuação do Legislativo e do Executivo, num sistema que busca uma consonância entre as divisões de poderes do Estado²⁶⁵.

Na atualidade, o mais arguto defensor de uma postura que prega o ativismo judicial como forma primordial para assegurar a efetividade da Constituição é Lênio Streck. Para o autor, a emergência do Estado Democrático de Direito, superando o Estado Social, vem consagrar a necessidade de se compreender o texto constitucional como o instrumento apto à concretização dos valores substanciais da sociedade, em

²⁶³ Idem, p. 127-128.

²⁶⁴ BARROSO, L. R. *A Americanização...*, p. 345.

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas...*: “Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado freqüentemente é levado a não apenas “aplicar o direito ao fato” (como se isso fosse possível), mas a conceber, em realidade, uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.”

especial os direitos fundamentais²⁶⁶. Assim, após a promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, não há mais sentido falar-se em separação de poderes, ao menos não naquela perspectiva clássica, uma vez que se exige do Poder Judiciário uma preeminência em relação aos demais poderes:

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas vertentes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.²⁶⁷

Para Streck, o Estado Democrático de Direito exige que se adote uma visão substancialista²⁶⁸ da Constituição, na esteira de um constitucionalismo-dirigente que atribui à jurisdição constitucional a centralidade no que toca à defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela positivados²⁶⁹.

Por essa razão, Streck é crítico contundente de Habermas e de sua recepção pelos doutrinadores brasileiros. Para o professor gaúcho, Habermas, ao criticar a “juridicização do político” não consegue atingir a especificidade do Estado Democrático de Direito, que é, justamente, a revalorização do jurídico, eis que os mecanismos aptos para o resgate das promessas da modernidade estão positivados no próprio texto

²⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 127-128.

²⁶⁷ Idem, p. 128.

²⁶⁸ Idem, p. 141: “(...) a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.”

²⁶⁹ Streck propõe, em consideração às especificidades da realidade brasileira, o desenvolvimento pela doutrina pátria de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT); dentro desse raciocínio, ele critica a recepção de teorias estrangeiras e, principalmente, estranhas à nossa realidade, como a teoria habermasiana. Para a crítica dessa postura, cf. CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 15 e ss.

constitucional²⁷⁰. Ademais, Streck entende que o procedimentalismo enquanto modo de compreensão da Constituição tem uma função primordial nas sociedades mais desenvolvidas, nas quais os valores da democracia já estejam enraizados e onde os direitos fundamentais encontram-se assegurados socialmente. Essas realidades não enfrentam questões como a exclusão social e a pobreza, e, para o autor, representam a concretização do *Welfare State*, com indivíduos emancipados e dotados de autonomia²⁷¹. Entretanto, em sociedades que ainda precisam lidar com as mazelas da exclusão social, o modelo procedimentalista não se aplica, segundo Streck, porque impede o desenvolvimento pleno do potencial transformador ínsito às Constituições no Estado Democrático de Direito²⁷².

Na esteira do paradigma lingüístico de Heidegger e Gadamer, o autor entende a Constituição também num aspecto negativo, como “*a própria ineficácia da expressiva maioria de seus dispositivos [...], não é somente um documento que estabelece direitos individuais, sociais e coletivos, mas, mais do que isso, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume a sua ausência*”²⁷³. Nesse sentido, o Poder Judiciário é chamado a assumir uma nova postura, para além do mero esquema de *checks and balances*, a fim de defender os valores constitucionais em face dos atos normativos produzidos por maiorias eventuais²⁷⁴. É aqui que o autor compreende o estabelecimento de uma nova relação entre direito e política:

Uma vez que o direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.²⁷⁵

Assim, propõe Streck uma *resistência constitucional*, que, superando o procedimentalismo, venha a reforçar a igualdade material perante a igualdade formal, pela construção de um espaço público orientado pela cidadania:

²⁷⁰ STRECK, L. L. *ob. cit.*, p. 143.

²⁷¹ *Idem*, p. 150.

²⁷² *Idem*, p. 152.

²⁷³ *Idem*, p. 148.

²⁷⁴ *Idem*, p. 156.

²⁷⁵ *Idem*, p. 158.

O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais²⁷⁶.

Muito embora nem todos os adeptos de uma *doutrina da efetividade constitucional* sejam tão radicais quanto Streck no que concerne à consideração dessa nova postura da jurisdição constitucional, essa ainda é a posição da maior parte da doutrina constitucional brasileira, que hoje se utiliza de outros aportes teóricos, tais como Rawls, Alexy e Dworkin, para pensar novas perspectivas à jurisdição constitucional voltada para a garantia dos direitos fundamentais negligenciados pelos representantes. Esses autores, por se preocuparem com a efetivação dos direitos enquanto conteúdos essenciais para o Estado Democrático de Direito podem até ser classificados como *substancialistas*²⁷⁷, mas, sempre, considerando a grande diversidade de propostas e, inclusive, a aceitação de várias idéias oriundas das teorias inspiradas em Habermas.

De outra parte, começa a tomar corpo na doutrina nacional uma teoria de viés *procedimentalista*, que, inspirada em Habermas e em sua democracia deliberativa, trouxe a obra habermasiana para o Brasil, aplicada ao Direito. Nomes como Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Marcelo Cattoni de Oliveira, somados à Cláudio Pereira de

²⁷⁶ Idem, p. 167. E continua o autor: “Este processo de resistência constitucional implica, entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas, sem olvidar as ações constitucionais específicas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc. Por isso, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos valores constitucionais”.

²⁷⁷ Optou-se pela utilização das expressões *doutrina da efetividade* e *substancialistas* em detrimento da expressão *comunitaristas* por partilhar da advertência lançada por Álvaro Ricardo de Souza Cruz: “Ao contrário do comunitarismo americano, ligado às noções cooperativas entre as esferas múltiplas na sociedade, de modo a fazê-las compartilhar com o Estado a tarefa de proteger não apenas o bem-estar social, mas, essencialmente, o modo de vida de uma coletividade, como se exemplifica pelo *american way of life*, o comunitarismo brasileiro coaduna-se melhor com uma concepção estatizante e intervencionista, ‘jogando exclusivamente nas costas’ do Estado tarefas positivas de promoção de prestações sociais por meio de serviços públicos e de fomento à atividade econômica dos menos favorecidos, com a finalidade de redução de desigualdades econômicas e regionais. A inclusão social e regional seria, pois, a função essencial do Estado brasileiro.”

Souza Neto, são os principais representantes dessa corrente no País, e questionam a supervalorização do Supremo em detrimento dos outros Poderes, ante a premência em colocar a última palavra nas questões político-constitucionais, bem como a falta de diálogo da Corte com os potenciais atingidos por suas decisões. Contudo, uma característica marcante dessa corrente no Brasil é que, embora não rejeite de pronto o rótulo de *procedimentalistas*, os autores intentam, em verdade, superar essa dicotomia, atentos às especificidades de nossa história constitucional. O que aproxima esses autores é, justamente, a crítica a um ativismo judicial que pode colocar em risco a jovem democracia brasileira, ao não atentar para a tutela das condições que possibilitam o efetivo exercício da cidadania pela população, bem como a usurpação de funções que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, constantemente incorre.

Para Gustavo Binenbojm, a tarefa do constitucionalismo, hoje, é buscar a harmonia entre os ideais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, os direitos fundamentais e o princípio da soberania popular, cabendo à jurisdição constitucional atuar como árbitro nesse jogo democrático²⁷⁸. Para ele, entretanto, existe um risco à democracia nessa circunstância, que corresponde à legitimidade dos juízes para desempenharem essa tarefa, lastreada em dois problemas fundamentais: (1) os Tribunais Constitucionais são formados por membros não eleitos pelos cidadãos e, portanto, não se sujeitam ao controle popular representado pelas eleições periódicas; (2) as decisões desses Tribunais também não se sujeitam a qualquer controle ou possibilidade de modificação pelos cidadãos ou por outros Poderes²⁷⁹. Para Binenbojm, a superação dessa ausência de legitimidade do Poder Judiciário para atuar enquanto árbitro do jogo democrático está em considerar a jurisdição constitucional como guardiã tanto dos direitos fundamentais como do procedimento democrático, numa relação de complementaridade²⁸⁰. A legitimidade do Poder Judiciário, na esteira de uma concepção deliberativa de democracia, reside não em dar a última palavra, nem no

²⁷⁸ BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição...*, p. 48.

²⁷⁹ Idem, p. 52-53.

²⁸⁰ Idem, p. 118.

conteúdo de suas decisões, mas sim na capacidade de ensejar um debate público profícuo acerca dos temas a serem decididos:

Parafraseando Claude Lefort, a ideia moderna de democracia constitucional nos convida a substituir a noção de um regime fundado na legitimidade da Constituição e do Tribunal Constitucional, pela noção de um regime fundado na legitimidade de um debate sobre o que é legítimo e o que é ilegítimo – um debate necessariamente sem garantidores e sem fim. É dizer: o Tribunal Constitucional não pode ser visto como “o garante” dos direitos fundamentais e da democracia. Seu papel é o de ser uma instância de reflexão racional sobre a legitimidade das decisões da maioria e, no limite, sobre a legitimidade das suas próprias decisões. A maior contribuição de uma Corte Constitucional ao desenvolvimento civilizatório não está na verdade ou bondade intrínseca de seus julgados, mas na forma pela qual eles energizam o diálogo público e incrementam o seu grau de racionalidade. Acreditamos que os juízes possam fazê-lo melhor, atuando de forma paralela e complementar aos agentes públicos eleitos, por razões de filosofia política, mas também por razões empíricas e históricas.²⁸¹

A legitimidade das Cortes Constitucionais e a necessidade de se assegurar tanto a autonomia privada como a autonomia pública aos cidadãos, num cenário marcado tanto pela exclusão social como pela tendência do Poder Judiciário em se assumir como guarda da cidadania, é temática constante no pensamento dos procedimentalistas brasileiros. Álvaro Ricardo de Souza Neto assim resume os principais desafios dessa corrente:

Assim, o procedimentalismo surge no contexto nacional, ainda de forma incipiente, como uma corrente minoritária do constitucionalismo da efetividade. Algumas de nossas posições já foram vistas e são claras: a Constituição não é uma tábua de valores que permita ao intérprete o emprego da ponderação de valores, da regra da proporcionalidade e da razoabilidade em seus aspectos neorristotélicos. Tampouco admite-se a figura idealizante/idealizada da Constituição dirigente acaba por tornar os direitos fundamentais, especialmente os sociais e coletivos em metas de políticas públicas e não como pretensões jurídicas deônticas. Assim desnecessária e ilegítima tanto as posturas passivista ou ativista do Judiciário, eis que o Estado Democrático de Direito não pode se estabelecer pela supremacia de uma instituição estatal, eis que a equiprimordialidade da autonomia pública e privada constitui-se em pressuposto da visão procedimentalista.²⁸²

O autor cita mais um julgamento controvertido pela Suprema Corte, a ADI 1158-8, pela qual se declarou inconstitucional legislação estadual que permitia o recebimento de gratificação de férias pelos aposentados, por violação ao princípio da razoabilidade. Entretanto, a posição que sustentava a constitucionalidade da lei tinha como embasamento artigo constitucional vigente à época que dispunha que aos aposentados seria assegurado o recebimento da mesma remuneração dos servidores

²⁸¹ Idem, p. 119.

²⁸² CRUZ, A. R. S. *Uma nova alternativa*, p. 12-13.

da ativa. Ou seja, para os procedimentalistas, ambos os argumentos eram racionais e defensáveis, mas o Supremo rejeitou a possibilidade de uma escolha entre argumentos racionais, limitando-se a decidir por meio de uma contraposição entre o que denominou de posição ética e anti-ética. A corrente alerta para o risco de que, com a aplicação de métodos como a ponderação, o princípio da razoabilidade, entre outros, as Cortes arvorem-se na criação de direito novo, de forma absolutamente discricionária, violando, assim, o princípio da democracia²⁸³. Para o procedimentalismo, a Constituição não pode ser vista como um conjunto de valores, mas sim, na esteira habermasiana, é preciso entender que o discurso da jurisdição é distinto daquele da legislação, e que se faz necessário o respeito a essa distinção, sob pena de se colocar em risco as instituições democráticas.

Assim, compreende-se a crítica que Souza Cruz tece ao substancialismo de Streck. É certo que nossa realidade marcada pela exclusão social, cultural e política enseja que a autonomia pública dos cidadãos seja tratada de forma diferenciada em relação aos países do Primeiro Mundo; no entanto, isso não infirma a possibilidade de buscar em Habermas um arcabouço teórico para o problema da jurisdição constitucional²⁸⁴. Dessa forma, merecem críticas tanto uma postura excludente quanto aquela paternalista, porque nenhuma delas possibilita a participação do interessado na tomada de decisões, o que se mostra imprescindível para a aferição da legitimidade do ato²⁸⁵.

Cláudio Pereira de Souza Neto, de sua parte, atento aos problemas de uma concepção exclusivamente procedimentalista, apresenta uma teoria da *cooperação democrática*, a qual pretende reconciliar a matriz deliberativo-procedimentalista de Habermas à matriz deliberativo-substancialista de Rawls, nos seguintes termos:

²⁸³ Cf. Idem, p. 20-21: “Quando se toma por base a Constituição como uma tábua de valores, os juízes passam a se sentir legitimados a ‘legislar’, a assumir o lugar do Executivo, porque se sentem destinados a corrigir todas as injustiças do país. Eles se sentem eleitos por ‘Deus’ ou entendem que têm uma condição moral diferenciada dos ‘corruptos dos outros Poderes’”.

²⁸⁴ CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 113.

²⁸⁵ Idem, p. 115; “A postura excludente leva à falência do processo democrático e a postura paternalista se converte em uma nova espécie de discriminação por ignorar o outro, coisificando-o no caminho da compensação de danos e promovendo o fortalecimento de estereótipos de identidade.”

O modelo proposto no presente estudo, que pode ser caracterizado como 'cooperativo', conjuga elementos de ambas as matrizes. Também considera que a deliberação deve permanecer aberta quanto aos resultados, como o modelo procedimental, pois somente assim pode ocorrer uma verdadeira manifestação da soberania popular. No entanto, rejeita a redução funcional a que se submete o conceito de 'condições' em um modelo meramente procedimental. Tal redução enfraquece, p. ex., a autonomia privada, cuja fundamentalidade material dependeria de sua função imediata no processo democrático.

Para resolver o impasse, o modelo aqui proposto lança mão de 'condições para a cooperação na deliberação democrática', com a qual busca harmonizar as estratégias procedimental e contratualista de justificação dos limites às decisões majoritárias. Sob este prisma, as decisões públicas podem ser restritas com base não só nas condições procedimentais de uma deliberação concreta, mas também nas condições necessárias para que os cidadãos se engajem em um esforço cooperativo de longo prazo.²⁸⁶

Importa ao autor perquirir acerca das condições para a cooperação democrática, para a constituição de um *nós*, de um sentimento de pertença a uma comunidade política por meio de uma *interação comunicativa* entre os participantes dessa comunidade:

(...) a democracia deliberativa possui um momento comunicativo que é fundamental. Em seu cerne, está a idéia de 'interação comunicativa', a qual tem lugar quando os participantes 'coordenam seus planos de ação' com o objetivo de se 'entenderem sobre algo no mundo', em especial, sobre o que corresponde, em uma dada situação, ao 'bem comum'. Essa interação comunicativa só se realiza na prática se os participantes da comunicação se autocompreendem como 'dignos de igual respeito e consideração' e se a comunidade política assim os trata, demonstrando deferência por todos os projetos pessoais de vida, por todas as doutrinas abrangentes razoáveis e por todas as identidades coletivas. Vale dizer, somente uma comunidade que as respeita pode, em um contexto de pluralismo, generalizar o sentimento de que há um 'nós', o sentimento de pertencimento a uma comunidade política, que é fundamental para a cooperação democrática.²⁸⁷

Duas são as condições essenciais para a cooperação democrática no entender do autor: a liberdade e a igualdade. Sem a garantia das liberdades, não existe esfera pública autônoma, que assegure aos cidadãos um debate racional sem coerção de qualquer espécie. Contudo, as liberdades não podem ser vistas meramente sob o prisma procedimental, em especial aquelas que não possuem uma função evidente no processo deliberativo porque, na esteira do entendimento de Rawls, possuem uma dimensão substancial inegável dentro da estrutura democrático-constitucional, no

²⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-108.

²⁸⁷ SOUZA NETO, C. P. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119.

sentido mesmo de “liberdade dos modernos”²⁸⁸. Da mesma forma, a igualdade, no sentido material, também deve ser vista para além de mera condição procedimental, porque se refere ao substrato que torna possível a emergência de um “nós”; dessa forma, a igualdade relaciona-se tanto com o acesso ao procedimento democrático, quanto com a capacidade de exercer real influência nas decisões políticas²⁸⁹.

Em relação à jurisdição constitucional, entende o autor que ela deve estar restrita ao desempenho de um papel subsidiário em relação à deliberação pública, o que a legitima a atuar mesmo em face das maiorias parlamentares, se busca assegurar as condições para a cooperação democrática²⁹⁰. Mesmo os direitos fundamentais, para Souza Neto, não se encontram fora da agenda de discussões, pois não são concebidos nessa visão enquanto trunfos dos indivíduos contra a maioria, mas sim se mostram passíveis de uma reconstrução discursiva a qual deve ser recepcionada pelas Cortes Constitucionais em seu mister²⁹¹. O controle das decisões judiciais proferidas com esse escopo é realizado por meio da aferição da justificação pública conferida pelas mesmas. Com efeito, para o autor, o ônus argumentativo ínsito à jurisdição constitucional é ainda maior que aquele necessário no âmbito dos demais Poderes, em virtude do princípio da presunção da constitucionalidade das leis; assim, para invalidar um ato normativo promulgado segundo os parâmetros previstos no próprio texto constitucional, as razões para tanto devem ser fortes e fornecidas aos jurisdicionados²⁹².

Para concluir. Na esteira habermasiana, mais ou menos procedimentalistas de fato, o que essas correntes buscam é se contrapor ao ativismo judicial da forma como praticado hoje, elevando os direitos a posição de trunfos em face do Estado e contra o Estado – na medida em que reclamam-lhe proteção por meio das decisões do Judiciário. Assim, não há lugar para o estímulo ao agir cooperativo, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, nem à participação democrática. Ao revés, propõem os

²⁸⁸ Idem, p. 162-168.

²⁸⁹ Idem, p. 168-172: “Os excluídos não podem dar início à deliberação e não têm expectativas reais de afetar as decisões. Por essa razão, não tem por que cooperar.”

²⁹⁰ Idem, p. 178.

²⁹¹ Idem, p. 180.

²⁹² Idem, p. 179-181.

adeptos desse movimento, de forma geral, que o Judiciário venha a atuar para assegurar a deliberação democrática necessária ao resgate da cidadania e à obtenção de consensos racionais no espaço público, mas isso não implica em invasão da área das decisões majoritárias, sob pena de uma ditadura de juízes em detrimento da soberania popular.

De fato, não se mostra possível desconsiderar a realidade específica do Brasil, ao se pugnar por uma teoria constitucional que dê conta de compatibilizar, provisoriamente, a tensão entre soberania popular e jurisdição constitucional. Entretanto, admitir-se esse paternalismo judicial coloca em risco nossa incipiente democracia, contribuindo para seu descrédito entre a população. Esse é um desafio inafastável a quem pretenda tratar de temática tão relevante, não só no campo teórico, mas, e principalmente, no âmbito prático e cotidiano, como fica demonstrado pela apresentação das principais correntes teóricas em voga no direito constitucional pátrio.

Capítulo 3 – Em busca de um equilíbrio – provisório – entre constitucionalismo e democracia

Nesse derradeiro capítulo, apresentar-se-ão, novamente, as teorias deliberativas de democracia e a teoria da democracia radical de Chantal Mouffe, desta vez com enfoque na relação entre essas teorias e o fenômeno da jurisdicionalização das demandas com conteúdo essencialmente político. Essa opção metodológica em separar as análises deve-se a duas circunstâncias. A primeira delas refere-se ao fato de se entender necessária a abordagem de outras matrizes doutrinárias antes de ingressar-se no estudo da visão desses autores acerca da jurisdição constitucional. Em segundo lugar, dado o objetivo do presente trabalho, qual seja, problematizar a relação entre o princípio democrático e o controle dos atos dos demais Poderes levado a efeito pelo Judiciário, abordar a temática ao final do trabalho colocou-se como a melhor opção para o desenvolvimento da pesquisa.

Na primeira parte, analisa-se as respostas conferidas pelas teorias deliberativas de Rawls, Habermas e Nino à tensão entre constitucionalismo e democracia, bem como as alternativas vislumbradas pelos autores para conferir legitimidade à atuação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Já na segunda parte, apresenta-se novamente a teoria da democracia radical, com dois enfoques. No primeiro deles, aprofundam-se as críticas da autora às teorias democráticas deliberativas, com o intuito de demarcar os pressupostos fundamentais da teoria política proposta por Chantal Mouffe. De posse desse arcabouço teórico, analisa-se então a visão da autora acerca da jurisdicionalização das demandas políticas, bem como o papel que entende reservado, dentro de uma democracia radical, à atividade judicial. Finalmente, utiliza-se a teoria analisada para um repensar da jurisdição constitucional em nosso país, de forma crítica, mas também propositiva, até onde os limites de um trabalho dissertativo possibilitam.

Um esclarecimento final. Optou-se por não analisar pormenorizadamente os mecanismos pelos quais a jurisdição constitucional se efetiva em nosso país. A uma, porque o marco teórico escolhido não desce às minúcias das técnicas jurídicas,

centrando sua análise num fenômeno maior, o Político. A duas, porque nessa pesquisa, como referido já na introdução, a intenção é realizar uma análise doutrinária a fim de estabelecer um contraponto ao ativismo judicial. Logo, entendeu-se ser mais relevante, nesse momento, abordar apenas os aspectos mais teóricos pertinentes à questão.

3.1. – Respostas da democracia deliberativa à tensão entre constituição e democracia

3.1.1. A legitimidade da jurisdição constitucional em Rawls e Habermas

Já analisamos acima a definição de democracia deliberativa tanto para Rawls como para Habermas. Vimos também como essas teorias influenciam sobremaneira os autores brasileiros – seja para utilizá-las na fundamentação de uma proposta de legitimidade à jurisdição constitucional, seja para rejeitá-las. Os próprios autores apresentam suas concepções sobre o papel dos juízes e dos Tribunais Constitucionais dentro de seus modelos teóricos de democracia.

Já vimos no primeiro capítulo que Rawls possui um modelo democrático substancialista, porque, em razão de sua concepção de justiça como equidade, baseada nos dois princípios de justiça – basicamente, garantias de liberdade a todos e igualdade na medida do razoável – os resultados do processo público de deliberação devem necessariamente estar atrelados a esses dois princípios; ou seja, para Rawls, uma concepção política de justiça compromissada com a manutenção do liberalismo político somente poderia admitir resultados razoáveis na medida em que eles fossem permissíveis dado o respeito aos princípios liberais de justiça. Nas palavras do autor:

A justiça como equidade não é neutra no sentido procedimental. É evidente que seus princípios de justiça são substantivos e expressam muito mais que valores procedimentais, o mesmo acontecendo com suas concepções políticas de sociedade e pessoa, representadas na posição original. Como concepção política, ela pretende ser objeto de um consenso sobreposto, isto é, a visão como um todo espera articular uma base pública de justificação para a estrutura básica de um regime constitucional, partindo de idéias intuitivas fundamentais implícitas na cultura política pública e abstraindo das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. Procura um terreno comum – ou, caso se prefira assim, um terreno neutro –, dado o fato do pluralismo. Esse terreno comum é a própria concepção política em sua condição de objeto de um

consenso sobreposto. Mas o terreno comum assim definido não é um terreno procedimentalmente neutro.²⁹³

A neutralidade, em Rawls, portanto, não está no procedimento, mas sim nos objetivos a serem alcançados pelas instituições em relação às doutrinas abrangentes e às idéias razoáveis de bem a elas vinculadas²⁹⁴. Como também já analisado no primeiro capítulo, configurado o fato do pluralismo e a existência legítima de várias concepções razoáveis de bem, somente o *consenso sobreposto* pode levar ao surgimento de uma concepção pública de justiça que pareça razoável a todos os cidadãos. Entretanto, o autor não é insensível à circunstância de que, justamente pelo fato de as sociedades políticas liberais serem marcadas pelo pluralismo, alcançar esse consenso sobreposto mostra-se deveras difícil, quando não quase utópico. Nesse sentido, Rawls concebe um “estágio” anterior à obtenção do consenso sobreposto pleno, o *consenso constitucional*, estágio esse que se mostra menos profundo que o sobreposto, porque os princípios de justiça ainda não são vistos como uma concepção compartilhada de justiça, mas sim como meros princípios conformadores daquela sociedade política considerada²⁹⁵. Logo, o consenso constitucional ainda não consegue deixar de conferir uma certa primazia aos procedimentos eleitorais democráticos (direito universal ao voto, liberdade de expressão, etc.), sem, contudo, incluir questões relativas à estrutura básica da sociedade nesses debates eleitorais²⁹⁶.

Rawls apresenta três requisitos para a criação de um consenso constitucional estável²⁹⁷, de modo a garantir a adesão da maioria dos cidadãos aos princípios liberais de justiça. O primeiro deles refere-se à retirada dos direitos fundamentais da agenda de discussões públicas, quando aqueles princípios fixam em definitivo um conteúdo para

²⁹³ RAWLS, J. *O liberalismo...*, p. 240.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ Idem, p. 205.

²⁹⁶ Idem, p. 205-206.

²⁹⁷ Cf. Idem, p. 210: “(...) no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, inicialmente aceitos com relutância como um *modus vivendi* e adotados numa constituição, tendem a alterar as doutrinas abrangentes dos cidadãos, de modo que estes aceitam pelo menos os princípios de uma constituição liberal. Esses princípios garantem certas liberdades e direitos políticos fundamentais, e estabelecem procedimentos democráticos para moderar a rivalidade política e para resolver as questões de política social. Nessa medida, as visões abrangentes dos cidadãos são razoáveis, se não o eram antes: o simples pluralismo passa a ser um pluralismo razoável e assim se alcança o consenso constitucional.”

as liberdades e, com isso, reduz os antagonismos e as possibilidades de que se estabeleçam divisões profundas dentro da sociedade²⁹⁸. O segundo requisito ao tipo de razão pública vinculada a esses princípios; para o autor, é importante que a aplicação desses princípios seja regida por diretrizes acessíveis aos cidadãos, o que assegura que estes possam julgar a argumentação pública ali envolvida como correta e razoável²⁹⁹. Finalmente, o terceiro requisito para a obtenção de um consenso constitucional estável refere-se ao sucesso dos requisitos anteriores, no sentido de criarem as condições necessárias para que os cidadãos desenvolvam virtudes cooperativas: *“a virtude da razoabilidade e o senso de justiça, o espírito de conciliação e a disposição de fazer concessões mútuas, tudo isso ligado à vontade de cooperar com os outros em termos políticos que todos possam aceitar publicamente”*³⁰⁰. Para se tornar um consenso sobreposto, entretanto, o consenso constitucional necessita que se supere a existência de interesses econômicos e políticos profundamente conflitantes, a fim de ensejar uma adesão profunda aos princípios de justiça liberais.

É dentro desse regime constitucional (e do consenso constitucional que o constitui) que Rawls confere um papel à jurisdição constitucional. Para ele, nesse sistema a razão pública é representada pela razão de seu Tribunal Constitucional³⁰¹. Contudo, o autor diferencia o papel de intérprete judicial supremo – que confere à Corte Constitucional – e o papel de intérprete último da própria Constituição, que não lhe pertence, pois a Constituição consiste naquilo que o corpo de cidadãos entende que ela deva ser:

A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*.³⁰²

Como o poder constituinte reside no povo, o poder supremo dentro de um governo constitucional não pode ser exercido por qualquer dos três poderes em separado, mas sim conjuntamente e sempre mediante procedimentos que assegurem a

²⁹⁸ Idem, p. 208.

²⁹⁹ Idem, p. 208-209.

³⁰⁰ Idem, p. 210.

³⁰¹ Idem, p. 281.

³⁰² Idem, p. 288.

responsabilidade perante o corpo de cidadãos³⁰³. Aqui, a proposta de Rawls coaduna-se com aquela de Ackerman, no sentido de compreender a existência de uma democracia dualista, que distingue o poder constituinte e a Constituição do poder ordinário e das leis por ele promulgadas. Nesse sentido, a Suprema Corte também é dualista, pois deve proteger a autoridade do povo, que lhe confere legitimidade para declarar inconstitucional qualquer ato normativo inferior que venha a colidir com as normas constitucionais; e nisso, aplica a razão pública, de forma a tutelar a observância da lei mais alta do Estado em face das maiorias eventuais³⁰⁴.

Além disso, Rawls enxerga o tribunal constitucional como exemplo de razão pública por duas razões. Em primeiro lugar, porque a razão pública é a única que as cortes supremas exercem. Isso porque, enquanto cidadãos e legisladores podem tomar suas decisões de acordo com a doutrina abrangente que melhor lhes convier, sem a necessidade de justificá-las racionalmente, aos juízes essa possibilidade é vedada, sendo-lhes exigido demonstrar a compatibilidade entre a decisão e os valores constitucionais. Em segundo lugar, porque os juízes devem procurar expressar a melhor interpretação possível da constituição em suas decisões, justificando-as de acordo com uma concepção pública de justiça e, ainda, contribuindo para o papel educativo ínsito à razão pública³⁰⁵:

Assim, em meio a qualquer grande mudança constitucional, legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão pública a adotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública transforma-se em algo mais que uma disputa pelo poder e por cargos. Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.³⁰⁶

A posição de Habermas em relação à função da jurisdição constitucional difere da externada por Rawls em muitos aspectos, especialmente em se considerando que sua teoria centra-se na idéia de co-originalidade entre direitos humanos e soberania popular.

³⁰³ Idem, p. 283.

³⁰⁴ Idem, p. 284.

³⁰⁵ Idem, p. 285-286.

³⁰⁶ Idem, p. 290.

Dessa forma, já era possível antecipar, desde o primeiro capítulo, que os direitos individuais, em Habermas, não são entendidos como trunfos perante o Estado e contrapostos ao princípio democrático; antes, são condição e resultado para a deliberação democrática, uma vez que seus destinatários também são, concomitantemente, autores dos direitos conquistados³⁰⁷. A análise da legitimidade da legislação é feita dentro desse contexto:

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos, etc.³⁰⁸

No que concerne à jurisdição constitucional, toda a teoria democrática vista acima se faz presente, como coloca Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Todavia, se compreendermos a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve, diferentemente, referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade. Mas, para isso, temos de livrar nossa compreensão do processo político de conotações excessivas, impostas por uma concepção republicana comunitarista, que colocariam a Jurisdição Constitucional sob permanente pressão. Concordando com Habermas, a Jurisdição

³⁰⁷ Habermas concebe cinco categorias de direitos fundamentais que geram o código jurídico: “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*”, os quais exigem, ainda, a presença de outros dois direitos: “(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”. Esses direitos fundamentais citados asseguram a autonomia privada dos indivíduos, pois geram a pretensão de serem destinatários desses direitos, bem como a faculdade de vê-los sendo respeitados. Entretanto, complementam o sistema de direitos mais duas espécies, as quais conferem aos sujeitos também o papel de autores do ordenamento jurídico: “(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo”. Esses quatro direitos já conferem ao cidadão liberdade e igualdade para posicionarem-se acerca de sua posição material perante o direito, e geram, dessa forma, o último direito fundamental: “(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”. (HABERMAS, J. *Direito e democracia...*, p. 159-160.

³⁰⁸ Idem, p. 290.

Constitucional 'não pode assumir o papel de um regente que toma o lugar de um sucessor menor de idade ao trono'.³⁰⁹

Logo, a tarefa primordial desempenhada pela jurisdição constitucional dentro de seu modelo de democracia deliberativa reside na “*proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e política dos cidadãos, condição da gênese democrática das leis*”³¹⁰.

Adentrando à teoria habermasiana, para o autor as decisões judiciais consistem em embate de argumentações de elevado grau de racionalidade, integrando dois tipos de procedimentos argumentativos, aqueles relativos ao procedimento jurídico institucionalizado, e outro, referente a um processo de argumentação que escapa à institucionalização jurídica, mantendo-se, portanto, aberto a argumentos de ordem moral, ética e pragmática, sem, contudo, abandonar o código do direito³¹¹.

Habermas não confere grande relevância à divisão clássica de poderes, que diferencia as funções do Estado, conferindo ao Legislativo a edição de programas gerais, à justiça a solução dos conflitos e à administração a execução das leis³¹². Para ele, essa divisão funcional precisa garantir, ao mesmo tempo, “*a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo*”³¹³. Ou seja, precisa assegurar a capacidade de autolegislação dos cidadãos. Nesse sentido, às decisões judiciais são exigidos dois requisitos: segurança jurídica e correção. O primeiro deles exige que as decisões sejam tomadas dentro da ordem jurídica considerada, ou seja, dentro de uma história institucional. De outra parte, pelo requisito da correção, as decisões devem ser racionalmente fundamentadas, para poderem ser aceitas e controladas como decisões racionais pelos destinatários³¹⁴.

Habermas critica o juiz Hércules de Dworkin, sustentando que ele não procura estabelecer diálogos com a comunidade política, nem se serve de um embate entre argumentos racionais para a tomada de decisão; ao revés, ele se isola em suas

³⁰⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Constituição entre o Direito e a Política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 6, ano 2, abr/jun 2007, p. 227.

³¹⁰ BINENBOJM, G. *Ob. cit.*, p. 112-113.

³¹¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia...*, p. 222.

³¹² *Idem*, p. 232.

³¹³ *Idem*, p. 233.

³¹⁴ *Idem*, p. 246.

concepções e não permite, assim, que suas decisões passem pelo crivo de segurança e correção dos destinatários, pois não há um processo deliberativo em relação à decisão judicial na teoria de Dworkin.

No entanto, Habermas se debruça sobre a mesma questão que Dworkin, como compreender uma divisão de poderes que impeça a entrega de competências legislativas ao Judiciário? Para o autor, a existência de Cortes Constitucionais não é auto-evidente nem necessária para a configuração de um Estado de Direito, e, onde ela existe, provoca discussões acerca da legitimidade de suas decisões³¹⁵.

Habermas, contudo, não é contrário à jurisdição constitucional, pelo contrário, visualiza nela uma função relevante no sistema constitucional:

A concretização do direito constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.³¹⁶

Portanto, na teoria habermasiana, a jurisdição constitucional tem o escopo de assegurar a continuidade da ordem jurídica. Aqui, Habermas utiliza-se da teoria dos princípios de Dworkin, sustentando que todas as decisões dos tribunais constitucionais devem ser baseadas em argumentos de princípios³¹⁷. Para Habermas, no entanto, esses princípios que se referem aos direitos fundamentais passam a consistir, não mais em trunfos perante a ordem estatal, mas em conceitos-chave, em princípios procedimentais que precisam se reportar à totalidade da ordem jurídica reconstruída de forma racional na decisão judicial³¹⁸.

Em relação à legitimidade da jurisdição constitucional, Habermas sustenta que esta advém diretamente da Constituição, e, aqui seguindo a diferenciação que Klaus Günter enfatiza entre *discursos de fundamentação* e *discursos de aplicação*³¹⁹. É pela estrutura discursiva da fundamentação que, dentro do âmbito de uma moralidade pós-convencional, se perquire acerca da validade de uma norma, a qual resta atrelada

³¹⁵ Idem, p. 297-298.

³¹⁶ Idem, p. 302.

³¹⁷ Idem, p. 303.

³¹⁸ Idem, p. 307-308.

³¹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral*. Justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004.

apenas à universalidade da proposição, obtida por meio da argumentação³²⁰. De outra parte, o discurso de aplicação refere-se ao âmbito da adequação de uma norma, já tomada como válida em razão de sua fundamentação; logo, aqui é que se questiona acerca da possibilidade de utilização da norma debatida na situação concreta apresentada pelas partes³²¹. Habermas entende que a atribuição do Judiciário resume-se a esse último modo de discurso³²²:

(...) a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.

(...) O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.³²³

Aqui, na concepção procedimentalista habermasiana, concebe-se a relação entre direitos e jurisdição constitucional: uma vez que a constituição determina os procedimentos a serem seguidos para a autodeterminação dos cidadãos, Habermas sustenta que “*somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito*”³²⁴. Assim, o tribunal constitucional, em respeito à divisão funcional de competências, deve proteger o sistema de direitos que possibilita

³²⁰ CRUZ, A. R. S. *Habermas...*, p. 177.

³²¹ *Idem*, p. 181.

³²² Cf. *Idem*, p. 193-194: “(...) o discurso de fundamentação assume um papel central, vez que harmoniza preferências concorrentes e fixa a identidade pessoal/coletiva de uma sociedade, na qual concorrem discursos de auto-entendimento e negociações/barganhas de interesses. Os valores fundamentais de uma sociedade são identificados, ponderados e acomodados entre si. O legislador político constrói essa identidade lançando mão de forma irrestrita de argumentos normativos e pragmáticos, por meio do consenso ou de negociação equitativa.

(...)

O discurso de aplicação, quando realizado pelo Judiciário, permite reexame dos argumentos empregados no discurso de fundamentação, seja para descobrir a norma adequada, seja para reconhecer a própria invalidade da mesma, mediante o processo de controle da constitucionalidade das leis. Limita também o discurso de intangibilidade de atos administrativos até então ‘protegidos’ pelo véu da teoria da ‘discrecionalidade’ e por uma visão clássica/caduca de divisão dos poderes.”

³²³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia...*, p. 325.

³²⁴ *Idem*, p. 326.

aos cidadãos o exercício de sua autonomia pública e privada; dessa forma, não há que se questionar a legitimidade democrática do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas³²⁵.

Assim, Habermas faz uma crítica à teoria de Ackerman e sua concepção de cidadania episódica, com base em sua teoria do discurso:

(...) uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim, de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.³²⁶

O autor também critica Alexy e outros teóricos substancialistas, pois não consegue conceber a idéia de que a Constituição consista num conjunto de valores substantivos, pois essa visão não considera o irreduzível fato do pluralismo nas sociedades atuais:

Habermas rejeita, destarte, a visão da Constituição como ordem concreta de valores', da qual o Tribunal Constitucional seria um intérprete qualificado, que se sobressai por suas virtudes intelectuais e acesso privilegiado à verdade. O pluralismo é um fato social que não permite ao Judiciário a referência a valores éticos fundadores de determinada comunidade. O modelo procedimental de interpretação constitucional impõe ao juiz uma atitude voltada especialmente para a garantia das condições democráticas do processo legislativo, e não para a avaliação de seus resultados.³²⁷

Habermas mostra-se inteiramente contrário a uma concepção paternalista de jurisdição constitucional³²⁸, pois sustenta que ela não se coaduna com a democracia

³²⁵ Idem.

³²⁶ Idem, p. 345-346.

³²⁷ BINENBOJM, G. *Ob. cit.*, p. 113.

³²⁸ Especificamente acerca da realidade brasileira, alerta Álvaro Ricardo de Souza Cruz: "Habermas, assim como Dworkin, considera que a jurisdição não é procedimento adequado para a sobreposição de convicções ético-políticas do magistrado sobre as definidas no discurso democrático de fundamentação. Dessa maneira, inaceitável que o mesmo assuma um viés de considerar sempre os desígnios das autoridades eleitas, em uma postura passivista e tão do agrado do pensamento positivista. O judiciário deve saber que seu papel essencial é a da estabilização de expectativas de comportamento, que somente se concretiza pela garantia dos direitos fundamentais. De outro lado, tampouco deve o Judiciário assumir uma postura ativista, tal como preconizado pelos comunitaristas, de modo a pretender

deliberativa ao revelar tamanha desconfiança em relação ao processo racional-democrático³²⁹:

(...) uma compreensão procedimentalista conseqüente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais. A partir daí, é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-lo a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política.³³⁰

O paradigma procedimentalista, portanto, ocupa-se da proteção das condições do processo democrático, a fim de promover uma emancipação dos cidadãos, que tomam parte em discursos políticos e, no exercício de sua autoderminação, conferem a si próprios direitos, contribuindo para a formação de leis que assegurem que os casos iguais sejam tratados de forma semelhante, e os diferentes tenham sua diferença relevada no processo de fundamentação das leis.³³¹

A teoria habermasiana, como visto acima, desperta grandes debates no Brasil, tendo-se formado uma escola de direito constitucional que a utiliza como base para suas discussões. Também há muitos que discordam do viés regulador da teoria, sustentando que os pressupostos de Habermas apenas se aplicariam às sociedades mais desenvolvidas, que não enfrentam a tragédia da miséria, do desemprego e da exclusão social de diversos grupos, os quais não atingem a situação ideal de fala para participar do processo democrático. Nada obstante, outra teoria deliberativa vem chamando a atenção no Brasil, representada por Carlos Nino e seus seguidores. Já tivemos oportunidade de aferir os pressupostos de sua teoria democrática, agora, analisemos sua concepção de jurisdição constitucional.

usurpar as funções de legislador político. Tarefa árdua em um país cujo mundo da vida envolve tradições pouco democráticas, na qual a administração é assenhorada pelos titulares dos cargos públicos como algo particular e onde a magistratura, de uma forma geral, confunde a jurisdição com a figura mitológica de Zeus atirando seus raios de saber, de cultura e de uma ética divinizada sobre os mortais."

³²⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia...*, p. 346.

³³⁰ Idem, p. 354.

³³¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia...*, vol. 2, p. 183.

3.1.2. A proposta de Carlos S. Nino

Como acima já se asseverou, Nino vê a relação entre democracia e constitucionalismo como uma relação complexa e tensa, que depende da configuração de ambos os elementos. Em relação ao constitucionalismo, Nino sustenta que, apesar das diferentes características que apresenta ao redor do mundo, em termos genéricos, existe constitucionalismo onde existe governo limitado. O autor apresenta uma escala, variando em “robustez conceitual”, na qual o estágio menos robusto é associado à idéia de estado de direito, e o mais robusto, aquele que desenvolve também uma constituição rígida, separação de poderes, reconhecimento e proteção judicial de direitos individuais, agregados a um modelo de democracia composto por regras que assegurem a participação e a representatividade³³². Mesmo esse constitucionalismo menos robusto presta-se à função de representar um freio aos abusos do governo, como se verificou durante as ditaduras militares na América Latina³³³.

³³² Cf. NINO, C. S. *La constitución...*, p. 16-17: “i) La concepción menos robusta quizá de encuentre asociada a la idea básica de *rule of law*, que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan en cierta medida lo que un órgano particular de gobierno, democrático o no, puede hacer.

ii) Un concepto un poco más robusto sería más específico respecto del modo en que el gobierno se encuentra limitado por normas jurídicas, requiriendo generalmente de una constitución, aunque no necesariamente materializada en un documento escrito. Cualquiera sea su contenido, esta constitución está protegida desde el momento en que su reforma o derogación exigen procesos más complejos que el requerido para modificar la legislación ordinaria, y se considera suprema respecto de esas normas.

iii) Un concepto aun más robusto de constitucionalismo contiene restricciones formales que la constitución impone a las leyes sujetas a su supremacía, requiriendo que éstas sean, por ejemplo, generales, precisas, públicas, no retroactivas, estables y que se apliquen imparcialmente sin distinción alguna que la misma ley lo haga.

iv) Podríamos robustecer aun más el concepto si le agregamos la idea de separación de poderes, con especial énfasis en la independencia del poder judicial de los órganos legislativos.

v) Una dimensión fundamental se le agrega al concepto de constitucionalismo cuando la constitución reconoce derechos individuales que no pueden ser coartados por ningún órgano del Estado.

vi) Cuando se agrega el control judicial de constitucionalidad, el constitucionalismo se hace aun más robusto ya que la justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos y cuenta con el poder de anular la legislación que los amenaza.

vii) El concepto se amplía enormemente cuando se agrega la democracia a los requerimientos mencionados, para juzgar el origen de algunas instituciones del gobierno.

viii) Por último, la robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome y sus instituciones específicas, tales como la representación, la democracia directa, la necesidad de contar con un cuerpo legislativo colectivo y elegido popularmente, o con un órgano impersonal, también popularmente electo, pero que reúna funciones legislativas y ejecutivas.”

³³³ Idem, p. 17.

Para Nino, a possibilidade para se compatibilizar direitos e democracia deve ser complementada pelo respeito à constituição histórica e pelo sistema jurídico dela derivado. Estão presentes, nessa problemática, duas dialéticas da democracia que residem no fato de ela implementar-se dentro de uma constituição complexa: a dialética entre a dimensão ideal e a real de constituição, e entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia³³⁴. A constituição ideal de poder representada pela idéia de democracia deliberativa já foi analisada no item 1.2.2. Passa-se, portanto, à análise da *constituição histórica*, mediadora entre ambas as dialéticas referidas.

Para Nino, o constitucionalismo exige a obediência da constituição histórica, documento criado na fundação do país e interpretado através do transcurso histórico, até mesmo quando esta constituição impede o desenvolvimento de um processo democrático e não está completamente legitimada por este³³⁵. A constituição histórica é fundamentalmente a convenção mais básica da vida social, desempenhando uma função essencial de apoio e limite ao processo democrático. Entendendo a constituição como prática social ou convenção, compreende-se que ela representa um acordo acerca da organização do poder coercitivo estatal e dos limites desse poder, estabelecendo, ainda que de modo imperfeito, as bases para a democracia³³⁶. É apenas dessa forma que se logra êxito em superar os dois paradoxos que surgem ao se pretender justificar ações e decisões com base na constituição, quais sejam, a indeterminação radical em sua interpretação³³⁷ e a irrelevância da dimensão histórica para a justificativa dessas ações e decisões dentro de um raciocínio prático³³⁸.

Nino assevera que a constituição histórica é convenção. As convenções, nesse sentido, auxiliam a resolver problemas de ação coletiva, nas quais as intenções das

³³⁴ Idem, p. 25-27.

³³⁵ Idem, p. 30.

³³⁶ Idem, p. 47.

³³⁷ Cf. Idem, p. 31: "(...) surge cuando la constitución es concebida como un texto o un documento, o como actos del discurso que conducen a éstos, y requiere que las decisiones en materia constitucional emerjan de 'los cuatro rincones' del documento. Sin embargo, el texto mismo no puede ser empleado en el razonamiento práctico. ¡Este es 'un objeto demasiado duro' para ser forzado a transformarse en un elemento inmaterial! En lugar de ello, el texto debe ser convertido en proposiciones que puedan servir como premisas para el razonamiento justificatorio."

³³⁸ Cf. Idem, p.42: "(...) la constitución histórica, ya sea vista como una descripción de la práctica social actual o como una prescripción de la práctica social futura, no es relevante desde el punto de vista lógico para determinar la validez de las otras normas del sistema jurídico."

partes podem se frustrar em razão da impossibilidade de justificar seu comportamento nas expectativas sobre o comportamento dos outros. Não é a coincidência que distingue uma convenção, mas sim a consciência de que os participantes estão efetivamente inseridos numa prática social e que tal fato faz parte da razão de atuarem da forma como o fazem.³³⁹

O papel da constituição histórica como uma convenção fica mais claro quando compreendemos que os atores do sistema jurídico estão envolvidos numa empresa coletiva de certa duração, como, por analogia, um arquiteto na construção de uma imensa Catedral, que sabe que não terminará a obra, mas ela será completada por outras pessoas:

(...) supongamos que nuestro arquitecto sabe que no va a tener el privilegio de terminar la catedral, sino que otros la completarán. Sabiendo esto, razonablemente tomará en cuenta no sólo lo que ya está construido, sino la forma en la cual la catedral será probablemente continuada por otros. Sus elecciones estilísticas deben incorporar no sólo el pasado sino también las contribuciones futuras para la construcción de la catedral. (Si, por ejemplo, el arquitecto prevé que otros arquitectos continuarán en estilo románico esto afectará su decisión de efectuar una contribución en estilo gótico). La necesidad de tomar en cuenta las contribuciones futuras obviamente complica las decisiones del arquitecto de una forma muy particular, ya que las contribuciones futuras pueden ser parcialmente influenciadas por sus decisiones presentes.³⁴⁰

Essa analogia com a construção de uma catedral³⁴¹ demonstra a existência de uma racionalidade específica para ações empreendidas coletivamente, mediante

³³⁹ Idem, p. 48-51.

³⁴⁰ Idem, p. 53.

³⁴¹ Na obra *Derecho, Moral y Política*, Nino apresenta outra bela analogia para a problemática da compreensão do direito enquanto prática política, referente à participação de um músico em um conjunto ou em uma orquestra (p. 135): "(...) Por supuesto, un buen músico que actúa en un conjunto u orquestra seguramente tendrá sus criterios estéticos sobre cómo interpretar, por ejemplo, un cuarteto o una sinfonía. Sobre la base de esa valoración, el músico juzgará los méritos de la ejecución conjunta y, si su valoración difiere de la de los demás integrantes del conjunto, tratará de convencerlos para que ajusten la contribución de cada uno de ellos a la obra colectiva a los criterios que él defiende. Puede ser que, si no les convence, nuestro músico entiende que la obra conjunta no tiene valor y no vale la pena seguir ejecutándola con ese conjunto. Sin embargo, si el músico juzga que, según su criterio, la ejecución tiene algún valor, aunque sus compañeros no concuerden con su concepción musical, entonces podrá decidir continuar ejecutándola con el conjunto. Al decidir esto, sería absurdo que el músico de nuestro ejemplo realizara su contribución segundo sus particulares valoraciones si ello produjera una falta de sintonía con la contribución de los otros músicos. Deberá ajustar su contribución a las concepciones de los demás si le interesa que la ejecución sea un producto eficaz. Es necesario que tenga en cuenta el estilo que los otros músicos imprimen a su ejecución y que seguirán imprimiendo en el transcurso de la misma. Es posible que la obra le dé algún margen que le permita expresar, en su contribución, su propia concepción estética y aproximar así la ejecución conjunta a su ideal musical. Sin embargo, la expresión de su propia concepción se verá limitada por la necesidad de una ejecución armoniosa, en la medida en que juzgue

critérios para a realização de um trabalho de que não se tem controle acerca do resultado final. Os operadores do direito – dentre os quais os constituintes e juízes – devem ser vistos como partícipes de um trabalho coletivo, a construção do direito, que por sua vez é parte de um trabalho maior que define uma sociedade. Assim, essas ações devem seguir uma racionalidade, devendo ser consideradas as decisões do passado para que as conclusões se harmonizem com as decisões simultâneas dos demais³⁴². Nas palavras do autor:

Si aceptamos que la acción de los constitucionalistas, legisladores y gobernantes consiste, en general, en aportes a una obra colectiva cuyas contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras no controlan y sólo influyen parcialmente, debemos concluir que esa acción debe guiarla una racionalidad apropiada a este tipo de conductas. Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando, con su decisión, todo el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que otros legisladores y otros jueces han decidido en el pasado y que su decisión de combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que será relevante según el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que esa decisión servirá de precedente para el futuro, como también podrá ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de otros legisladores y jueces.³⁴³

Aqui fica evidente o papel da constituição histórica, que representa um intento exitoso de encontrar um processo pelo qual seja possível identificar a ordem jurídica de uma sociedade; ela não é um mero documento, mas é composta pela regularidade de condutas, atitudes e expectativas de sucessivas legislaturas, governos e cidadãos geradas a partir da promulgação daquele texto. Nos casos em que a situação apresentar práticas sociais muito ruins, pode o juiz, à luz da constituição ideal, não levar em consideração a constituição histórica, pois preservá-la mostra-se uma necessidade do ponto de vista interno, considerando os participantes da sociedade política³⁴⁴.

Essa circunstância apresenta um problema, em relação à legitimidade das práticas sociais, cuja solução Nino busca em dois níveis. Em primeiro lugar, pela articulação dessas razões, a fim de se avaliar a legitimidade da constituição histórica, por meio da determinação das condições de um precompromisso – o qual irá, por sua vez, apontar se nesse acordo há elementos de justificação das limitações

que esa ejecución tiene algún valor, y que no tiene posibilidades reales de participar en una ejecución colectiva que se aproxime aun más a su propia concepción estética.”

³⁴² NINO, C. S. *La constitución...*, p. 52-53.

³⁴³ NINO, C. S. *Derecho...*, p. 137-138.

³⁴⁴ NINO, C. S. *La constitución...*, p. 57.

constitucionais aos processos democráticos. O valor desse precompromisso só pode ser atribuído posteriormente, para se determinar se essas restrições constitucionais podem impedir o desenvolvimento da democracia futura³⁴⁵. Em segundo lugar, o nível no qual, após a aferição da legitimidade da constituição histórica, ela é aplicada para justificar ações ou decisões, o que não significa que a constituição ideal não tenha nenhum papel a desempenhar, mas ela é a última saída, apenas quando se tenha por ilegítima a constituição histórica. Os princípios da constituição ideal podem ser invocados para resolver as indeterminações da prática constitucional, permitindo a evolução dessas práticas³⁴⁶. Portanto, deve-se justificar ações e decisões de forma compatível com a constituição histórica para preservar aquela prática, se esta for a melhor alternativa frente à constituição ideal e se proporcionar uma maior aproximação a ela³⁴⁷.

No que tange à constituição ideal dos direitos, Nino sustenta que ações e decisões só podem ser justificadas por princípios morais, os quais estabelecem um núcleo de direitos fundamentais, sendo necessário perquirir acerca do contrapeso que o reconhecimento desses direitos exerce sobre o alcance legítimo do processo democrático³⁴⁸. A própria justificação da constituição histórica depende do grau em que essa constituição respeita os princípios morais que estabelecem direitos³⁴⁹. Referidos princípios, para Nino, são em número de três, assim sintetizados por Genaro Carrió:

- a) El de *inviolabilidad de la persona*: no pueden imponerse sacrificios a un individuo sólo en razón de que ellos redundan en beneficio de otros individuos;
- b) El de *autonomía de la persona*: es libre la realización de cualquier conducta que no perjudique a terceros, por lo que la persecución de planes de vida racionales y de ideales de excelencia racionales tiene un valor intrínseco;
- c) El de *dignidad de la persona*: debe tratarse y juzgarse a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades suyas no controlables por ellos.³⁵⁰

É na relação entre a constituição ideal dos direitos, a constituição ideal do poder e a constituição histórica que se insere a problemática da jurisdição constitucional. Para

³⁴⁵ Idem, p. 59.

³⁴⁶ Idem, p. 60.

³⁴⁷ Idem, p. 61-62.

³⁴⁸ Idem, p. 70.

³⁴⁹ Idem, p. 71.

³⁵⁰ CARRIÓ, Genaro. 1990. *Los derechos humanos y su protección*: distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 14-15.

Nino, o poder dos tribunais de rever a constitucionalidade das normas jurídicas promulgadas por colegiados democráticos é uma característica das democracias liberais³⁵¹. A idéia remonta ao célebre caso *Marbury vs. Madison*, e foi estendida a vários países. A justificação desse controle, no entanto, não é clara, já que os juízes, geralmente, não têm origem democrática e esses tribunais usualmente não renovam periodicamente seus membros³⁵²:

La discreción judicial plantea dificultades particulares en una sociedad democrática. Una de esas dificultades está dada por el hecho de que los jueces no suelen ser funcionarios elegidos por el pueblo sobre la base de cierto programa ideológico, sino que son generalmente nombrados en forma vitalicia y por procedimientos ajenos al control directo de los ciudadanos. Siendo esto así, resulta cuestionable que los jueces adopten decisiones sobre la base de principios, puntos de vista valorativos, concepciones ideológicas, etc., que no están homologados por los poderes del Estado que gozan de representatividad democrática; sin embargo, ¿qué otra cosa pueden hacer si tienen necesariamente que resolver casos que no están solucionados por normas originadas en esos otros poderes del Estado? Otra dificultad se debe a que cuando los jueces deciden un caso sobre la base de una regla o principio que no formaba parte del sistema jurídico, es como si aplicaran retroactivamente la ley, sorprendiendo a las partes con la adjudicación de derechos, deberes, sanciones, etc., que no podían anticipar antes del juicio; (...).³⁵³

Assim, sobejam dúvidas acerca da razão pela qual um poder judicial deva possuir a última palavra em relação às leis e demais regras democráticas, inclusive porque isso é contrário à divisão clássica de poderes³⁵⁴. Para o autor, ainda que as maiorias possam violar direitos individuais ou das minorias, não há garantias de que pessoas isoladas possam apresentar melhores decisões que aquelas tomadas no processo democrático, carecendo, portanto, do valor epistêmico deste³⁵⁵.

Para Nino, mesmo que se considere que a democracia liberal se caracteriza por um governo limitado e pela existência de direitos que não podem ser violados, não se pode compreender esses direitos e liberdades como limites à democracia, porque não há qualquer impedimento lógico a que se considere que a única autoridade competente para reconhecer e fazer viger os direitos está lastreada numa origem majoritária³⁵⁶. Pensar que o controle judicial de constitucionalidade é compatível com o reconhecimento do valor epistêmico da democracia, porque os juízes colocam em

³⁵¹ NINO, C. S. *La Constitución...*, p. 258.

³⁵² Idem, p. 271-273.

³⁵³ NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 433.

³⁵⁴ NINO, C. S. *La Constitución...*, p. 259.

³⁵⁵ Idem, p. 250.

³⁵⁶ Idem, p. 269-270.

vigência a constituição ideal e, conseqüentemente, a soberania popular, ou seja, fazem valer a vontade do povo em face das maiorias eventuais, é um equívoco, porque a maioria das constituições históricas não tem uma origem democrática³⁵⁷. Uma concepção aceitável, para Nino, é aquela que concebe o controle judicial de constitucionalidade de forma conexa com a não satisfação dos pré-requisitos necessários ao valor epistêmico da democracia³⁵⁸. Isso porque o autor reconhece os riscos à democracia ocasionado quando os juízes extrapolam de seu dever judicante, passando a tentar conformar a sociedade de acordo com seus ideais e suas visões de democracia e constituição:

(...) na construção da decisão judicial há uma relação intrínseca entre o direito e a moral que, todavia não justifica, *a priori*, qualquer decisionismo. Internamente, portanto, há sempre uma remissão a uma justificativa que não está inserida nas normas jurídicas: uma norma moral – partilhada coletivamente e submetida à discussão – para além das normas de competência. Contudo, em Estados democráticos, o ‘processo democrático’ é a única fonte de legitimidade da autoridade da ordem jurídica. O papel do Poder Judiciário em um Estado democrático, portanto, e a extensão do controle de constitucionalidade é uma discussão que extrapola o campo jurídico e inclui razões axiológicas sobre o fundamento da democracia e o conteúdo dos direitos fundamentais.³⁵⁹

Nesse sentido ele estabelece três exceções, as quais possibilitam o recurso ao controle judicial de constitucionalidade, sem que representem uma violação ao princípio democrático.

A primeira exceção refere-se ao controle do procedimento democrático, que é produto de regras que não são arbitrárias, mas que funcionam para maximizar o valor epistêmico da democracia³⁶⁰. Questiona-se, então, quem deve garantir que essas regras sejam adequadamente cumpridas. Essa responsabilidade não pode residir no

³⁵⁷ Idem, p. 271.

³⁵⁸ Idem, p. 272: “La versión sofisticada del argumento a favor del control de constitucionalidad basada sobre las condiciones de la democracia señala precisamente, al menos en la primera etapa, que los prerequisites ideales del proceso democrático gozan de valor epistémico. La superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse ‘democrático’; éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso democrático debe cumplir. Quizá nuestra intuición a favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales esas condiciones no son satisfechas y, consecuentemente, lo político – llamase ‘democrático’ o no – no es epistémicamente superior al proceso judicial”.

³⁵⁹ SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 48, Curitiba, SER/UFPR, 2008, p. 185.

³⁶⁰ NINO, C. S. *La Constitución...*, p. 273.

processo democrático em si, sendo possível conceber o poder judicial nesse papel. Mas por que estariam os juízes em melhor posição que os órgãos democráticos para detectar essas falhas? A primeira resposta reside no fato de que qualquer indivíduo pode utilizar seu juízo moral a fim de perquirir acerca da correção moral daquela decisão; logo, não pode furtar-se a aferir as condições de legitimidade da lei. Em segundo lugar, os juízes devem sempre atuar na direção da ampliação do processo democrático, sem anular legislação sancionada com amplo debate público. Muitos desses pré-requisitos referem-se à dimensão ideal dos direitos, àqueles direitos anteriores ao processo democrático, e devem os juízes garantir o respeito a eles³⁶¹. Entretanto, é tarefa complexa determinar quais são esses direitos *a priori*, especialmente no caso dos direitos sociais que podem ser violados por omissão:

(...) estos derechos [sociales] no son antagónicos con los derechos individuales clásicos, sino que son su extensión natural. Un derecho individual clásico, como el derecho a la vida, resulta violado por acciones positivas pero también por fallar al proveer de los recursos necesarios para proteger esos derechos, tal como el derecho a la vida, a la atención médica, a la alimentación y a la vivienda. Sin embargo, una vez que extendemos la definición de derechos individuales, la dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad se hace mucho más dramática dado que todas las decisiones políticas pueden afectar, por acción u omisión, un derecho individual. Incluso bajo la teoría procesal, el alcance del control judicial de constitucionalidad sería bastante amplio, dado que las condiciones sociales y económicas de los individuos, tales como su nivel de educación, son precondiciones para la participación libre e igual en el proceso político.³⁶²

Nesse sentido, podem os juízes basear-se no fato de serem as condições sócio-econômicas precondição para o processo democrático? Estariam eles em melhores condições para realizar esse balizamento que a coletividade democrática? Não há resposta segura, mas Nino alerta para que não sejam esvaziados os debates democráticos. O julgador, portanto, deve perquirir se os vícios detectados são sérios a ponto de abalar sua confiabilidade epistêmica e de possibilitar uma melhor decisão por parte de um juízo moral isolado³⁶³.

A segunda exceção também se relaciona com o valor epistêmico da democracia, e refere-se à necessidade de proteção da autonomia pessoal. Para Nino, nem todos os padrões morais necessitam satisfazer o requisito da imparcialidade, apenas aqueles

³⁶¹ Idem, p. 274.

³⁶² Idem, p. 275.

³⁶³ Idem, p. 276-277.

relativos à moralidade pública, intersubjetiva. O campo da moralidade privada, da autonomia pessoal, está fora da alçada do poder público e, portanto, o juiz, como qualquer cidadão, deve negar validade às leis que levem a um perfeccionismo social, ainda que sejam de origem democrática³⁶⁴. Por esse motivo, é necessário considerar as razões que levaram à edição daquela norma jurídica, e avaliar sua constitucionalidade a partir desses parâmetros. O direito a não ser coagido por modelos de excelência pessoal impostos pelo Estado pertence, portanto, ao rol de direitos *a priori* em relação ao processo democrático³⁶⁵.

Finalmente, a terceira exceção refere-se à proteção da constituição enquanto prática social. Essa terceira exceção baseia-se na eficácia que as decisões democráticas precisam ter a fim de maximizar seu valor epistêmico³⁶⁶. Nesse ínterim, o controle judicial de constitucionalidade deve preservar a constituição histórica, ou seja, as práticas sociais, enfrentando a tensão entre uma decisão democrática que contraria essa prática constitucional e a necessidade de preservação dessa constituição histórica, que representa, afinal, a mediação entre as constituições ideais de direitos e do poder. Nesse caso, é possível invalidar a norma democrática para proteger a convenção constitucional que, inclusive, garante a eficácia das decisões democráticas³⁶⁷. Dessa forma, o juiz estaria promovendo a constituição ideal. Contudo, essa terceira exceção leva a um dilema quando invalida uma lei democrática para fazer prevalecer as constituições ideais de poder e direitos. Nessa situação, vai-se contra o ideal de participação democrática, sendo necessário que o juiz busque um equilíbrio entre os possíveis danos ao ideal participativo em face dos eventuais danos à prática constitucional causados pela manutenção da decisão democrática³⁶⁸.

³⁶⁴ Idem, p. 277-278.

³⁶⁵ Idem, p. 280.

³⁶⁶ Idem, p. 280.

³⁶⁷ Idem, p. 281: "Consideremos el caso en el que la decisión democrática infringe en forma clara el texto, que es el aspecto más saliente de la convención de acuerdo a las reglas tradicionales de interpretación. La decisión democrática puede ser impecable desde el punto de vista de los elementos del constitucionalismo liberal y participativo, pero ésta podría estar en contra del elemento que preserva el estado de derecho. Aunque no se vea violado ningún derecho, si se mantuviera la decisión democrática, la práctica social constituida por la constitución histórica podría verse debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas podría resultar enormemente afectada."

³⁶⁸ Idem, p. 282.

Em conclusão, depreende-se da análise de Nino que quando o juiz, dentro dessas três exceções à negativa do controle de constitucionalidade, efetivamente exercita a jurisdição constitucional, a legitimidade dessa atuação se encontra na circunstância de que, ainda que se trate de uma decisão individual “substituindo” ou revogando uma decisão tomada de acordo com o princípio majoritário, a decisão judicial não é isolada, ela faz parte de todo um conjunto de práticas sociais que constituem a constituição histórica; ademais, entendida dentro do âmbito da democracia deliberativa, o controle de constitucionalidade tem como função precípua a de assegurar a observância da constituição ideal de poder e da constituição ideal de direitos, incrementando, assim, o valor epistêmico da democracia.

Para Nino, cada um dos três elementos do constitucionalismo, para além da tensão evidente, encontra apoio no outro: o processo democrático funciona como o meio mais confiável para reconhecer os direitos individuais, por sua vez o respeito a esses direitos vai estabelecer o valor epistêmico do procedimento democrático para a tomada de decisões, enquanto a eficácia dessas decisões será assegurada pela constituição histórica. É a busca desse equilíbrio que consiste no maior desafio àqueles comprometidos com o constitucionalismo³⁶⁹.

3.2 – Uma proposta de radicalização da democracia

3.2.1. A teoria da democracia radical e a jurisdicionalização das demandas políticas

Ao apresentar a crítica de Chantal Mouffe ao fenômeno da jurisdicionalização das demandas políticas, é preciso alertar que a autora escreve sobre teoria política, mas, ao contrário de Habermas e outros deliberativos, não escreve especificamente sobre o Direito, mas apenas sobre sua relação com o fenômeno político, sem adentrar em searas mais técnicas do ponto de vista jurídico, de modo que a tarefa de utilizar sua teoria para criticar a jurisdição constitucional deve ser cercada de cuidados a fim de não atribuir à autora idéias que jamais foram objeto de preocupação de sua parte.

³⁶⁹ Idem, p. 302.

Em primeiro lugar, faz-se necessário assinalar que, para Mouffe, a dicotomia substancialismo X procedimentalismo não faz sentido. Como vimos no primeiro capítulo, a autora parte das análises de Wittgenstein para desenvolver sua concepção de cidadania democrática; assim, considera que, no desenvolvimento daquela “gramática da vida comum” animada por um pluralismo democrático, as regras do jogo não consistem em mero procedimento para o alcance de resultados democráticos, mas sim envolvem questões também de substância, pois representam, em si mesmos, uma determinada forma de vida da comunidade política:

Isso demonstra que procedimentos somente existem como um conjunto complexo de práticas. Essas práticas constituem formas específicas de individualidade e identidade que tornam possível a aliança quanto a procedimentos. É porque elas estão inscritas em formas compartilhadas de vida e acordos de valores que procedimentos podem ser aceitos e seguidos. Eles não podem ser vistos como regras criadas com base em princípios e posteriormente aplicadas a casos específicos. Regras, para Wittgenstein, são sempre atalhos para práticas, que são inseparáveis de específicas formas de vida. Assim sendo, a distinção entre o procedimental e o substancial não pode ser tão clara e precisa como muitos liberais gostariam que fosse. No caso da justiça, por exemplo, isso significa que alguém não pode – como muitos liberais fazem – aceitar a idéia de justiça material e justiça formal sem reconhecer que a justiça formal/procedimental já pressupõe ela própria a aceitação de alguns valores. É a concepção liberal de justiça que afirma a prioridade do direito sobre o bem, mas esta já é a expressão de uma noção específica de bem. A democracia não é somente uma questão de estabelecer os procedimentos corretos, independentemente das práticas que tornam possíveis formas democráticas de individualidade. A questão acerca das condições de existência de formas democráticas de individualidade e de práticas e jogos de linguagem dentro das quais elas são construídas é uma questão central, mesmo em uma sociedade democrática onde os procedimentos têm um papel fundamental. Procedimentos sempre envolvem compromissos éticos substantivos. Por esta razão eles não podem funcionar corretamente se não forem suportados por uma forma específica de *ethos*.³⁷⁰

Como já analisado anteriormente, em sua concepção de democracia, Mouffe preocupa-se com os elementos, institucionais ou não, que irão propiciar aos cidadãos a adesão aos princípios democráticos de igualdade e liberdade. Aqui reside sua primeira grande crítica aos democratas deliberativos e também àqueles que defendem a superioridade racional da democracia liberal. Para Mouffe, a identificação individual e coletiva com os valores constitutivos do jogo democrático depende de algo muito maior

³⁷⁰ MOUFFE, C. *Teoria política...*, p. 385-386. Aqui, também, Chantal faz uma crítica a Habermas, ao asseverar que, quando ele orienta sua teoria com base nas condições procedimentais de comunicação, falta-lhe considerar a necessidade de uma “moralidade democrática”, isto é, a existência de um *ethos* especificamente democrático, partilhado pelos cidadãos.

que a argumentação racional pode oferecer³⁷¹. Para a autora, sem se considerar o importante papel das paixões e das emoções na construção da adesão democrática, abre-se espaço para que formas não-democráticas de vida se desenvolvam no seio dos países que se dizem democráticos.

A autora entende que a democracia ocidental é uma forma muito específica de democracia, inscrita numa determinada tradição cultural, uma articulação entre tradição democrática e tradição liberal que se caracteriza por ser contingente, e não necessária³⁷². A união ocorreu, na verdade, em sua oposição comum ao absolutismo³⁷³. Nesse ponto específico, é possível depreender a contrariedade existente já na base do pensamento de Mouffe em relação ao pensamento de Habermas, que compreende a co-originalidade entre os princípios da liberdade e da igualdade, mas para Chantal, corroborando o pensamento de Norberto Bobbio nessa questão, eles não possuem uma vinculação necessária. Outro ponto de embate surge pela discordância de Mouffe quanto às concepções de Rawls e Habermas, os quais sustentam que a democracia liberal possui uma espécie de superioridade racional, pois, *“se todas as pessoas pudessem estar em uma situação na qual pudessem discutir racionalmente, teriam que aceitar esta forma racional, a qual tem um valor universal por que é a fórmula democrática que as pessoas racionalmente escolheriam se não estivessem influenciadas por alguns interesses particulares”*³⁷⁴. Para a autora, contudo, a democracia liberal e ocidental é apenas uma forma de articulação dos elementos liberal e democrático, mas não a única existente nem necessariamente superior a quaisquer outras articulações entre liberdade e igualdade que existam ou venham a existir³⁷⁵.

³⁷¹ Cf. Idem, p. 387: “É necessário compreender que não é oferecendo uma sofisticada argumentação racional e afirmando verdades contexto-transcendentes sobre a superioridade da democracia liberal que os valores democráticos poderão ser fortalecidos. A criação de formas democráticas de individualidade é uma questão de identificação com valores democráticos e este é um processo bastante complexo, que se realiza através de um conjunto de práticas, discursos e jogos de linguagem.”

³⁷² Cf. MOUFFE, C. *The democratic paradox*.

³⁷³ Cf. SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

³⁷⁴ Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

³⁷⁵ Em texto recente, inclusive, Mouffe recusa-se a denominar de “moderna” a forma de democracia liberal predominante no Ocidente (de matriz européia e norte-americana), a fim de não

Sua teoria apresenta diversos outros pontos de divergência em relação às teorias de democracia deliberativa. Como acima referido, Chantal parte de uma visão *dissociativa* do Político, que acentua o fato de que sempre as relações políticas apresentam um caráter conflitual, sem a possibilidade de uma reconciliação final³⁷⁶. A proposta de Habermas e outros deliberativos, entretanto, concebe a democracia como um ideal regulativo, dentro do qual se busca alcançar, por meio da obtenção de consensos racionais (seja quanto a resultados, seja quanto a procedimentos), um determinado estágio de superação do conflito. A preocupação da autora, dentro de uma visão agonística do fenômeno político, é como estabelecer instituições que comportem a dimensão do dissenso, e não aquelas que levem ao alcance de um consenso perene e definitivo entre os participantes³⁷⁷. Para Chantal, na esteira do pensamento schmittiano, esse conflito é irreconciliável. Ela afirma que a tarefa de uma teoria democrática é encontrar canais que possibilitem a expressão desse conflito de uma forma que ele não leve à destruição da sociedade, à guerra civil visualizada, no extremo da relação amigo-inimigo, por Schmitt. Os teóricos da democracia deliberativa não aceitam a existência desse antagonismo sem resolução no Político³⁷⁸, pois, por definição, a idéia de deliberação racional que propõem exclui a influencia de quaisquer elementos não-racionais e que expressem um dissenso mais profundo acerca de

corroborar com a idéia de que esta seria a forma mais evoluída ou desenvolvida de arranjo democrático-liberal. Cf. MOUFFE, C. *¿Cuál democracia para un mundo multipolar agonista?* (paper); “Por lo que concierne a la democracia, está claro que definir la forma Occidental de democracia como ‘moderna’, ha sido una poderosa arma retórica usada por teóricos liberales democráticos para establecer su forma superior de racionalidad y su validez universal.”

³⁷⁶ Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo). Por reconhecer o caráter inerentemente conflitivo do Político, Mouffe distancia-se das visões “associativas”, tais como a de Habermas e mesmo de Hannah Arendt, as quais pugnam pela possibilidade de uma pacificação do conflito no âmbito político.

³⁷⁷ Idem. É pertinente destacar um trecho da entrevista citada: “Desde o princípio, trata-se de pensar como se pode multiplicar as posições e não de encontrar como elas poderão permitir a reconciliação”.

³⁷⁸ A cooperação democrático-deliberativa defendida por Cláudio Pereira de Souza Neto expressa bem esse limite das teorias deliberativas: “Só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político perceberem que, para além das diferenças, existe também um ‘nós’, e todos têm interesse na manutenção da estabilidade democrática. A igualdade econômica razoável é requisito fundamental para que, em um contexto de pluralismo, todos (grupos e indivíduos) se vejam motivados a cooperar no processo político democrático, compreendendo o outro com quem se dialoga como um parceiro na empreitada democrática e não como um ‘inimigo’ que se quer eliminar.” (SOUZA NETO, C; P. *Deliberação Pública...*, p. 91).

determinada temática da agenda pública de discussões³⁷⁹. Ao revés, para a autora, a luta agonística ocorre mediante o enfrentamento de grupos diferentes em busca de hegemonia, um embate que não encontrará reconciliação final (como na divisão entre esquerda e direita, por exemplo, que Chantal define como insuprimível). Entretanto, os diversos grupos reconhecem a legitimidade democrática dos demais, pois a relação aqui não é mais entre amigo-inimigo, mas entre adversários. Para Mouffe, a tarefa democrática nesse contexto deve ser a de domesticar o conflito, pacificá-lo de forma temporária, mas não há como erradicá-lo da sociedade³⁸⁰; a tarefa de uma teoria democrática seria, pois, encontrar meios de constituição das instituições que permitam ao conflito expressar-se de formas democráticas, que não coloquem em xeque o desenvolvimento mesmo da democracia.

Uma outra crítica contundente à democracia deliberativa, em especial aquela formulada por Rawls, consiste na localização do pluralismo. De fato, o autor aceita o chamado “fato do pluralismo”, no sentido da existência de uma pluralidade de valores, restando impossível estabelecer uma única noção de bem comum na modernidade. Essa constatação, entretanto, não leva ao reconhecimento do caráter agonístico do político, pelo contrário, essa abordagem deliberativa sustenta justamente a visão oposta, ou seja, a plena possibilidade de uma harmonia final. Essa visão é inconcebível para Chantal, como já fartamente demonstrado acima, na medida em que, para a autora, alguns valores, entendidos enquanto formas de vida, jamais podem co-existir como valores compartilhados dentro de uma mesma comunidade política, pois implicam a negação recíproca em relação ao outro; é preciso que, num determinado momento histórico, apenas um deles prevaleça.

Ademais, os deliberativos insistem em remeter o reconhecimento do pluralismo para o campo das relações privadas, o que se mostra um erro, sendo necessário seu

³⁷⁹ É emblemática, aqui, a contrariedade do pensamento da autora com Rawls. De fato, como visto acima, para este autor, uma das tarefas do consenso sobreposto é a de retirar os direitos da agenda pública de debates, após a obtenção de um consenso final acerca de seu conteúdo, convertendo-os em um núcleo duro constitutivo do corpo social, insuscetíveis de serem discutidos levando-se em consideração diferentes concepções de sociedade.

³⁸⁰ Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

reconhecimento na esfera pública³⁸¹. Em Rawls, essa tentativa torna-se mais evidente, mediante a idéia de “razão pública” enquanto realização da justiça como equidade, no sentido de que seu exercício possibilita a superação de conflitos no campo econômico e político, consolidando uma interpretação única daquilo que venha a ser a correta associação entre os elementos liberal e democrático constitutivos da democracia liberal³⁸². Contudo, para Mouffe, essa posição, eliminando o caráter conflitivo inerente ao fenômeno político, acaba, por fim, por destruir a própria existência da política dentro de uma sociedade:

The way he envisages the nature of the overlapping consensus clearly indicates that, for Rawls, a well-ordered society is a society from which politics has been eliminated. A conception of justice is mutually recognized by reasonable and rational citizens who act according to its injunctions. They probably have very different and even conflicting conceptions of the good, but those are strictly private matters and they do not interfere with their public life. Conflicts of interests about economic and social issues – if they still arise – are resolved smoothly through discussions within the framework of public reason, by invoking the principles of justice that everybody endorses. If an unreasonable or irrational person happens to disagree with that state of affairs and intends to disrupt that nice consensus, she or he must be forced, through coercion, to submit to the principles of justice. Such a coercion, however, has nothing to do with oppression, since it is justified by the exercise of reason.³⁸³

A autora não desmerece a importância do consenso para a prática democrática; contudo, não o concebe como um meio para a obtenção de um resultado definitivo. Em sua visão, o consenso é compreendido como meramente provisório, como resultado momentâneo de uma luta hegemônica³⁸⁴ entre atores políticos:

³⁸¹ MOUFFE, C. *Por um modelo...*, p. 16: “Rawls e Habermas querem fundamentar a adesão à democracia liberal com um tipo de acordo racional que fecharia as portas para a possibilidade de contestação. Eles precisam, por esse motivo, relegar o pluralismo para um domínio não-público, isolando a política de suas consequências.”

³⁸² Cf. MOUFFE, C. *The democratic...*, p. 28-29: “Rawls seems to believe that whereas rational agreement among comprehensive moral religious and philosophical doctrine is impossible, in the political domain such an agreement can be reached. Once the controversial doctrines have been relegated to the sphere of the private, it is possible, in his view, to establish in the public sphere a type of consensus grounded on Reason (with its two sides: the rational and the reasonable). This is a consensus that it would be illegitimate to put into question once it has been reached, and the only possibility of destabilization would be an attack from the outside by the ‘unreasonable’ forces. This implies that when a well-ordered society has been achieved, those who take part in the overlapping consensus should have no right to question the existing arrangements, since they embody the principles of justice. If somebody does not comply, it must be due to ‘irrationality’ or ‘unreasonableness’.”

³⁸³ Idem, p. 29-30.

³⁸⁴ Para Mouffe, a noção de hegemonia advém, justamente, da compreensão da inexistência de um fundamento último para o poder político, de um lugar vazio que impede a fixação de um significado único e final às práticas políticas. Assim, as lutas hegemônicas representam a tentativa de estabelecer, de forma sempre provisória, uma visão prevalecente sobre determinada ordem social. Dessa forma, resta

It is for that reason that the ideal of a pluralist democracy cannot be to reach a rational consensus in the public sphere. Such a consensus does not exist. We have to accept that every consensus exists as a temporary result of a provisional hegemony, as a stabilization of power, and that it always entails some form of exclusion. The ideas that power could be dissolved through a rational debate and that legitimacy could be based on pure rationality are illusions which can endanger democratic institutions.³⁸⁵

Não é que Mouffe não reserve qualquer papel à deliberação pública em sua teoria, pelo contrário. No entanto, ela não tem aqui a tarefa de possibilitar o alcance de qualquer consenso estável,³⁸⁶ mas sim de promover o dissenso, trazendo ao debate grupos minoritários que também entrarão nessa disputa hegemônica pelo poder político; em última análise, a deliberação, dentro do modelo de democracia radical proposto por Chantal Mouffe, deve propiciar a transformação do antagonismo em agonismo, ao favorecer a aceitação do adversário enquanto legítimo a ingressar na luta pela conquista da hegemonia.

Um ponto é preciso ser esclarecido. Apresentamos as propostas de Carlos S. Nino, sobre sua concepção de democracia deliberativa e de jurisdição constitucional. Chantal nunca se debruçou sobre as propostas do professor argentino e, por essa razão, as críticas apresentadas à democracia deliberativa o foram em nome de Rawls e Habermas. Contudo, embora a teoria de Nino tenha diferenças consideráveis em relação aos modelos anteriormente citados, é preciso ponderar que, apesar de Nino afirmar que o consenso não é a única forma de se alcançar a melhor decisão coletiva, mas apenas aquela que melhor preenche os requisitos ontológicos e epistêmicos para tanto, não se encontra em seus livros nenhuma teorização mais explícita acerca da necessidade de as instituições deliberativas comportarem efetivamente o dissenso, de valorizar esse elemento inegável do Político. Ademais, também não foi possível encontrar na obra do citado autor qual a localização desse dissenso, se apenas no campo privado, como entendem os demais deliberativos, ou se também na esfera

claro que as articulações que levam a uma determinada prática hegemônica são contingentes, ou seja, sempre poderiam ter sido feitas de outra forma, e não há qualquer garantia sobre o modo como essa articulação ocorrerá ou se e quando essa prática hegemônica será substituída por outra. Cf. MOUFFE, C; LACLAU, E. *Ob. cit.*

³⁸⁵ MOUFFE, C. *The democratic...*, p. 104.

³⁸⁶ Cf. GHETTI, Pablo Sanges. Às margens da deliberação: notas sobre uma política democrática por vir, In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 61.

pública. Portanto, muitas das críticas feitas a Rawls e Habermas podem ser dirigidas também a Nino. Entretanto, é mister considerar que a reforma ampla de instituições que ele e Roberto Gargarella propõem podem ser úteis à criação de instituições que realmente comportem a dimensão conflitual inerradicável das relações humanas, assunto a ser trabalhado posteriormente nesse trabalho.

Entretanto, apesar de extremamente crítica em relação a vários aspectos das teorias deliberativas, Chantal compartilha com alguns teóricos deliberativos a desconfiança em relação ao controle judicial das demandas políticas. Para a autora, esse fenômeno é mais uma demonstração da despolitização das sociedades contemporâneas, consequência de uma visão pós-política³⁸⁷ – que se considera para além da divisão esquerda/direita, em busca de conciliação política entre os grupos sociais – que leva à entrega de cada vez mais decisões aos Tribunais Judiciais, retirando matérias do debate público³⁸⁸. Essa tendência, segundo a autora, é perniciosa para a democracia. Aqui, ela abertamente critica Dworkin e sua concepção do Judiciário como intérprete maior da moralidade comunitária, pois, se questões fundamentais como emprego, educação, liberdade de associação, dentre outras, forem entregues aos juízes, que tomarão a melhor decisão com base nos princípios constitucionais, muito pouco restará para ser debatido e decidido nos foros de debate público e de participação popular³⁸⁹.

Referida circunstância mostra-se incompatível com o modelo de democracia radical, porque nele as decisões políticas mais importantes e fundamentais devem ser tomadas pelo conjunto de cidadãos, e não por um corpo especializado sem

³⁸⁷ Cf. MOUFFE, C. *On the Political*, p. 1-2: "(...) the idea that the stage of economic-political development that we have now reached constitutes a great progress in the evolution of humanity and that we should celebrate the possibilities it opens. (...) The 'free world' has triumphed over the communism and, with the weakening of collective identities, a world 'without enemies' is now possible. Partisan conflicts are a thing of the past and consensus can now be obtained through dialogue. (...)"

I want to challenge this 'post-political vision'. (...) I will argue that such an approach is profoundly mistaken and that, instead of contributing to a 'democratization of democracy', it is at the origin of many of the problems that democratic institutions are currently facing. Notions such as 'partisan-free', 'dialogic democracy', 'cosmopolitan democracy', 'absolute democracy' – to quote only few of the currently fashionable notions – all partake of a common anti-political vision which refuses to acknowledge the antagonistic dimension constitutive of 'the political'."

³⁸⁸ Cf. MOUFFE, C. *The Political, the Moral and the Juridical*. (paper).

³⁸⁹ MOUFFE, C. *The Democratic...*, p. 116.

responsabilidade política direta perante o povo. Para Mouffe, buscam-se decisões imparciais dos juízes, mas isso é impossível, a uma, porque os juízes também estão sujeitos a pressões políticas, e nada garante que os ventos da arena política atinjam menos o Poder Judiciário, mormente em se tratando das Cortes Superiores, cujos membros muitas vezes são escolhidos pelo chefe do Executivo; a duas, porque o caráter inerentemente conflitivo do político rejeita essa busca pela imparcialidade, por acreditar-se que ela apenas mascara os reais fundamentos de uma decisão de cunho eminentemente político, em especial nos Tribunais Constitucionais³⁹⁰. As decisões políticas sempre consistem em decisões cujas possibilidades devem recair em alternativas bem demarcadas. Para a autora, esse fenômeno busca travestir as decisões de um caráter de tecnicidade, como se as matérias a requererem solução fossem complexas demais para serem tomadas através de procedimentos democráticos, preferindo-se, assim, a entrega dessa obrigação de decidir a corpos judiciais especializados³⁹¹. Referida circunstância é um reflexo da despolitização das sociedades contemporâneas.

A definição do papel dos juízes dentro do modelo da democracia radical, necessariamente, deve ter em consideração os pressupostos acima apontados quando da análise crítica do modelo de democracia deliberativa: (1) é necessário o fomento à criação de formas de vida democráticas, por meio da adesão dos cidadãos aos valores democrático-liberais da liberdade e da igualdade; (2) é preciso reconhecer que esses valores podem ser arrançados de diversas maneiras, todas legítimas, e que mesmo seu conteúdo está em constante discussão e possibilidade de mudança dentro de uma comunidade política; (3) a adesão aos princípios democráticos leva em consideração muito mais do que a possibilidade de uma razão pública ou da utilização de argumentos racionais para a obtenção de consensos, pois a concepção radical de democracia

³⁹⁰ Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

³⁹¹ Idem: “Esse é um ponto que Norberto Bobbio mostra, o papel dos QUANGOs (*quasi-autonomous non-governmental organisation*), pensando na democracia parlamentar, quando mais e mais decisões importantes são retiradas dos parlamentos e levadas para comitês, *experts*, cientistas, que irão decidir, ou para o Judiciário, então, é um movimento que retira muitas decisões importantes do campo onde elas poderiam ser tomadas mediante a participação, ainda que uma participação parlamentar limitada, mas, ao revés, elas são levadas para um campo onde podem ser feitas num modo imparcial”.

entende que as paixões consistem num móvel fundamental para a atividade e as crenças políticas dos cidadãos; (4) a fim de assegurar a adesão permanente dos membros a uma gramática de vida comum democrática, é necessário que o regime democrático forneça um fechamento provisório, um consenso provisório acerca do conteúdo e do sentido daqueles princípios democráticos, e, nesse sentido, o Direito – e de conseqüência o Poder Judiciário – encontra uma tarefa de extrema relevância do ponto de vista do desenvolvimento de uma moralidade democrática.

É fato que Mouffe não pretende a imersão do Direito na Política, nem desconsiderar o valor do Jurídico. Para a autora, como a sociedade é inerentemente conflitual, são necessárias instituições (Direito, Estado) para lidar com esses conflitos e mediá-los de uma forma democrática³⁹²; nesse sentido, o Direito e os Juízes possuem uma relevância fundamental na teoria democrática radical da autora. Voltando a Schmitt, suas teorizações são importantes nesse ponto, porque ele critica essa visão reconciliada da política, no sentido de reconhecer que o antagonismo está presente em todas as relações sociais, e que se o eliminamos numa parte, ele surge em outra³⁹³. A questão para Chantal consiste em como transformar o Direito e as demais instituições numa concepção de democracia que possibilite aos cidadãos, efetivamente, exercerem sua cidadania como uma forma de vida realmente democrática.

Para a autora, o direito pode se converter num fechamento provisório do sistema³⁹⁴, numa estabilização provisória que confere a pacificação necessária para que as atividades políticas se realizem e para que os princípios democráticos da liberdade e da igualdade encontrem seu conteúdo para aquela sociedade, naquele momento histórico, o que ocorre mediante a constitucionalização daqueles princípios fundamentais, circunstância que desempenha papel fundamental na limitação legítima

³⁹² Nesse sentido, ver a entrevista de Chantal Mouffe na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

³⁹³ Aqui, é pertinente inserir a constante preocupação de Chantal com o desaparecimento dos canais de manifestação política. Essa situação gera um déficit democrático agravado pela inexistência de uma divisão clara entre as propostas políticas na agenda, conseqüência de uma visão pós-política de mundo, abrindo ensejo para que as paixões sejam canalizadas de forma não democrática, como se verifica nos novos fundamentalismos e movimentos xenófobos que emergiram após a queda do Muro de Berlin. Cf. MOUFFE, C. *On the Political*.

³⁹⁴ Cf. KOZICKI, K. *Democracia Radical...*, p. 334.

do pluralismo³⁹⁵. De outra parte, é o regime democrático que confere legitimidade à produção de normas jurídicas³⁹⁶; logo, na visão de Mouffe, o Direito e a dimensão do Político não se confundem, mas interagem na construção de uma cidadania radicalmente democrática, na qual os cidadãos efetivamente, compartilhando a adesão aos princípios democráticos de liberdade e igualdade, compreendam as normas jurídicas como instrumentos para a expressão daquele consenso provisório necessário à estabilização das conquistas democráticas de um período histórico determinado.

Muitos dos teóricos que defendem a jurisdição constitucional como meio inafastável à concretização de direitos fundamentais alegam que referidos direitos não podem ser submetidos aos ventos da arena política nem ao poder da maioria, e, por essa razão, sua tutela deve ser entregue ao Judiciário, em sua tarefa de guardião da Constituição. Para Mouffe, entretanto, a concepção de direitos como “trunfos” perante os demais poderes do Estado não se coaduna com a concepção de democracia radical por ela defendida. Dentro de um contexto pluralista, não apenas ao nível internacional, mas no interior mesmo das comunidades políticas, não há como se defender a existência de uma única articulação possível entre liberdade e igualdade³⁹⁷ e, portanto, não há como se estabelecer um conteúdo de direitos fundamentais completamente imunes ao debate democrático:

³⁹⁵ Cf. MOUFFE, C. *Can human rights accomodate pluralism?* (paper): “In my view what this liberal pluralism demands is recognizing the legitimacy of a multiplicity of different interpretations of those shared ethico-political principles. What is at stake is the multiplicity of ways in which liberal-democratic citizenship can be envisaged. But this kind of pluralism can only be exercised within certain limits and it cannot enter into contradiction with the principles of the constitution. Of course, the constitutional framework itself can be site of conflicting interpretations. Many important political struggles among competing conceptions of citizenship do in fact take place at that level. But what cannot be denied is the need for a juridical framework, with the limitations of pluralism that this necessarily entails”.

³⁹⁶ GHETTI, P. S. *Ob. Cit.*, p. 34.

³⁹⁷ Nesse ínterim, a autora chama a atenção para o fenômeno da emergência das esquerdas na América Latina, representando uma articulação entre liberdade e igualdade distinta daquela que predominou no Ocidente: “En la actualidad, com la hegemonia neo-liberal asistimos una predominancia casi completa de una cierta interpretación de la tradición liberal y el elemento democratico há sido puesto de lado. Hoy la democracia se define casi exclusivamente a partir de criterios liberales: estado de derecho y defensa de los derechos humanos (tambien en una interpretación específica). Todo lo que tiene que ver con la soberanía popular y la lucha por la igualdad es considerado como arcaico y obsoleto. Ahora bien es precisamente esa concepción de la democracia que han empezado a poner en cuestión varios gobiernos progresistas en América latina. Rechazan la hegemonía neo-liberal y el consenso de Washington y quieren restablecer el papel central de la tradición democrática.” (MOUFFE, C. *¿Cuál democracia...*)

(...) gostaria de observar que a teoria democrática precisa abrir espaço para a pluralidade de culturas e formas de vida existentes, e isso não somente por causa de um pluralismo de interesses ou diferentes concepções individuais sobre o bem. De acordo com essa posição, instituições democrático-liberais e a formulação ocidental dos direitos humanos devem ser concebidas como uma forma possível de jogos de linguagem entre muitas formas possíveis, e isso não deve pretender nenhuma afirmação de superioridade com fundamentos racionais. Dessa forma, nós devemos aceitar que existem diferentes respostas, também justas e legítimas, para a questão do que é o bom regime. Essa não é uma posição relativista, uma vez que sempre existirão condições determinadas e que deverão ser preenchidas para que uma forma de sociedade política possa ser considerada boa. Em outras palavras, sempre deverá existir aquilo que se pode chamar de um conteúdo mínimo de moralidade.³⁹⁸

Compreender que os direitos fundamentais consistem em uma construção discursiva revela a circunstância de que eles não podem ser retirados da agenda de discussão pública, sob pena de incorrer-se em dois graves perigos para a democracia: o primeiro deles, o de esvaziar a tal ponto o debate democrático que acabe por fomentar a apatia e o desinteresse dos cidadãos pelos assuntos políticos; o segundo, o de, entregando ao Judiciário a tutela exclusiva de referidos direitos, recair-se num paternalismo incompatível com a concepção de democracia radical defendida no presente trabalho.

Como ficou evidenciado no primeiro capítulo, a preocupação de Chantal Mouffe é com a construção de uma cidadania radicalmente democrática, de uma sociedade cada vez mais inclusiva, na qual, por um lado, reconheça-se o pluralismo de concepções de bem, mas, por outro, ressalte a adesão dos membros da comunidade política aos elementos constitutivos da democracia liberal, quais sejam, liberdade e igualdade, os quais constituem, então, a gramática da vida comum daquela sociedade. Nesse sentido, a jurisdicionalização das demandas essencialmente políticas acarreta um grave *déficit* democrático, quando não contribui para o fomento do debate público acerca das questões mais fundamentais da vida comunitária. A retirada de matérias importantes do foro público de discussões vem em desacordo com a necessidade premente de se estabelecer uma concepção de cidadania que, sem negar a existência do pluralismo e do grande número de pessoas vivendo num mesmo país, pretende incrementar as práticas democráticas e evitar que as sociedades atuais recaiam em fundamentalismos e em outras formas institucionalizadas de segregação de minorias. Sem compreender o

³⁹⁸ MOUFFE, C. *Teoria política...*, p. 391-392.

papel das paixões na criação de identidades individuais democráticas, o risco à democracia – em especial para as sociedades de democratização recente como o Brasil – resta evidente. Baseada no pensamento de Freud e Lacan, para Mouffe, ainda que se trate de sociedades bastante individualistas, a exigência de identificações coletivas faz parte das características do ser humano enquanto ser social, e é tarefa de uma teoria política colaborar para que isso seja canalizado de forma democrática:

(...) even in societies which have become very individualistic, the need for collective identifications will never disappear since it is constitutive of the mode of existence of human beings. In the field of politics those identifications play a central role and the affective bond which they provide needs to be taken into account by democratic theorists. To believe that we have entered into an age where 'post-conventional' identities make possible a rational treatment of political questions, thereby eluding the role of a democratic mobilization of affects, is to abandon that terrain to those who want to undermine democracy. The theorists who want to eliminate passions from politics and argue that democratic politics should be understood only in terms of reason, moderation and consensus are showing their lack of understanding of the dynamics of the political. They do not see that democratic politics needs to have a real purchase on people's desires and fantasies and that, instead of opposing interests to sentiments and reason to passions, it should offer forms of identifications conducive to democratic practices. Politics has always a 'partisan' dimension and for people to be interested in politics they need to have the possibility of choosing between parties offering real alternatives.³⁹⁹

Se o exercício da jurisdição constitucional não comportar a dimensão do dissenso, nem fomentar a canalização das paixões para a constituição de identidades democráticas, então o risco à democracia é maior que qualquer compensação que se possa obter com a imagem de um poder imparcial e destinado a fazer cumprir os desígnios constitucionais.

3.2.2. Algumas propostas para se pensar a jurisdição constitucional no Brasil, a partir da teoria da democracia radical

Como acima já se referiu, o Brasil é um país que vive um momento democrático-constitucional recente, cujos cidadãos ainda não possuem uma consciência democrática efetivamente voltada para uma cultura de participação no poder político. De fato, a cidadania em nosso País dá mostras de sua existência apenas a cada dois anos, durante as eleições do Executivo e Legislativo, onde se entende que apenas

³⁹⁹ MOUFFE, C. *On the political*, p. 28-29.

digitar alguns números numa urna revela todo o potencial da democracia brasileira, excetuadas determinadas práticas democráticas isoladas e promissoras, como o orçamento participativo.

Essa circunstância é uma das responsáveis pela crise que as instituições políticas no Brasil vivenciam. As campanhas eleitorais cada vez menos discutem propostas efetivas, preferindo os candidatos discutirem assuntos relativos à moral particular de cada um⁴⁰⁰. De outra parte, os mecanismos de democracia participativa não são utilizados com frequência – em verdade, muito episodicamente – e não há quaisquer mobilizações por sua utilização, ou pelo incentivo a quaisquer formas de participação popular, seja influenciando na tomada de decisões, seja participando da propositura de leis.

O Congresso Nacional passa por grave crise de legitimidade, estando muito distante dos reais anseios da Nação. É uma das instituições políticas menos confiáveis aos olhos da população brasileira⁴⁰¹, marcada por escândalos e pelo corporativismo no momento de discussão e votação das leis de interesse nacional. Não é difícil ouvir propostas pela abolição do Congresso ou pela redução drástica no número de seus membros.

O Poder Executivo, de outra parte, sofre também com a crise institucional, e, para ver-se livre das amarras e barganhas necessárias à aprovação de projetos de lei, lança mão de medidas provisórias com grande frequência, instrumentos legislativos que não passam por qualquer espécie de controle popular, eis que não há nenhuma forma de debate antes de sua edição.

É nesse contexto que a jurisdicionalização das demandas políticas toma corpo. De um lado, os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional,

⁴⁰⁰ Haja vista o infame debate provocado nas últimas eleições presidenciais acerca da questão do aborto, no qual, em vez de se abordar a temática com toda a seriedade que o assunto necessita, perseguições de cunho moral e pessoal aos candidatos dominaram as discussões. Como resultado, ao invés de uma rica oportunidade de debate público de um assunto polemico, tivemos a invasão de temáticas de cunho eminentemente moral no âmbito público, que marcaram profundamente o período eleitoral e impediram um debate sério sobre outras questões relevantes na agenda brasileira.

⁴⁰¹ Segundo pesquisa realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, realizada no terceiro semestre de 2010. De acordo com referido estudo, o Congresso Nacional é apontado como confiável por apenas 20% dos brasileiros, posicionando-se em nono lugar no ranking de instituições pesquisadas, à frente apenas dos partidos políticos.

principalmente os direitos sociais e coletivos, não são efetivados pelos Poderes Legislativo e Executivo, levando a população a buscar sua tutela por meio do Poder Judiciário. De outra parte, outras questões políticas, fundamentais à constituição política do Estado Brasileiro – tais como a recente discussão sobre a Lei da Ficha Limpa e a problemática da definição do momento a partir do qual poderia ser aplicada – também são levadas à Justiça, que passa a ter a última palavra em questões que, pela sua fundamentalidade, deveriam ser tratadas em foros adequados, com a participação de todos os interessados – a população brasileira.

Para Chantal Mouffe, já vimos, essa relação entre democracia e liberalismo, que deu origem às democracias constitucionais do presente, não é necessária, mas contingente. Entretanto, no momento específico em que vivemos, não se trata, por essa razão, necessariamente de buscar formas alternativas, mas sim de radicalizar a democracia que temos, ou seja, de efetivar os princípios da liberdade e da igualdade, para se obter uma sociedade mais inclusiva e uma cidadania que adote a democracia enquanto “gramática da vida comum”. Porque busca compreender outras formas de arranjos possíveis à democracia, e também porque a questão da apatia política e do desinteresse dos cidadãos pelos debates na esfera pública são preocupações constantes no pensamento mouffiano, entende-se que a teoria da democracia radical oferece importantes aportes para se pensar a questão da jurisdição constitucional em nosso País.

Em nosso incipiente constitucionalismo, esse é um grande desafio. A Constituição de 1988 optou por outorgar ao Poder Judiciário a tarefa de ser seu guardião precípua, e essa é uma circunstância que precisamos ter em mente ao efetuar propostas para a solução do problema da legitimidade de uma instituição contramajoritária, como o Judiciário.

É fato que Legislativo e Executivo, no Brasil, não atuam de forma a radicalizar a democracia que temos. Dessa feita, para muitos, a possibilidade de uma jurisdição constitucional que se exerça de forma ativa, ainda que usurpando a competência constitucional do Legislativo para estabelecer políticas públicas e da Administração acerca de seu juízo de oportunidade e conveniência para decidir a melhor alocação de

recursos públicos, é inegável o papel do Judiciário brasileiro no que concerne à concretização dos direitos fundamentais e da própria Constituição.

Nesse sentido, entretanto, muitas perguntas se colocam: pode uma instituição não eleita pela população e que não responde com seu cargo perante os cidadãos, decidir de forma a violar a separação de poderes e o princípio democrático? Quão pernicioso pode ser para um regime democrático tão jovem esse paternalismo judicial? Ser cidadão, hoje, no Brasil, equivale a votar e ingressar em juízo, apenas? Os juízes, da forma como são selecionados, entre uma elite econômica e cultural, são capazes de, efetivamente, concretizar os anseios populares de uma forma melhor e mais coerente com a Constituição do que os membros dos demais Poderes?

O marco teórico eleito para a realização da presente pesquisa foram as teorizações de Chantal Mouffe, autora que, se não escreve pensando especificamente o Direito, pensa a Política e ocupa-se, em alguns de seus trabalhos, da problemática relativa à entrega ao Judiciário de demandas de nítido interesse coletivo e que deveriam ser decididas de forma democráticas, nos foros apropriados, como vimos acima.

Defende-se aqui, com esteio na teoria radical de Mouffe, que a jurisdicionalização de demandas políticas representa mais uma manifestação da grave crise institucional que os regimes democrático-liberais enfrentam; não é causa, mas acaba por agravar o problema, mormente quando explicitamente interfere em searas cuja decisão democrática mostra-se irreparável em termos de procedimento e participação, como é o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança e a possibilidade de utilização de células-tronco na realização de pesquisas científicas.

A preocupação central de Chantal em relação à democracia é com a adesão das pessoas a formas de vida democráticas, daí sua constante referência ao conceito de cidadão na perspectiva da democracia radical, o qual, como visto, supera as limitações tanto da tradição liberal como do comunitarismo, ao não esvaziar o espaço público e a vida política de uma comunidade por meio de uma concepção de cidadania que apenas enfatize os direitos dos indivíduos face ao Estado, sem menção a seus deveres para

com a comunidade; bem como ao possibilitar a manutenção das conquistas democráticas, no que concerne à separação entre política e moral, ao rejeitar uma noção substantiva de bem.

Esse cidadão pensado por Mouffe, contudo, é forjado nas práticas democráticas e por essa razão a autora também intenta pensar canais – institucionais e não institucionais – para a expressão seja dos interesses, dos argumentos racionais ou mesmo das paixões e emoções, a fim de que essa cidadania radicalmente democrática se torne realidade.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional brasileira pouco vem contribuindo para a constituição dessa cidadania. De fato, quando se pensa nos Tribunais inferiores e no caráter particular que as decisões ali proferidas têm, estimula-se uma postura mais individualista, eis que a pessoa que ajuíze determinada demanda irá ingressar em juízo somente para obter o benefício para si própria, sendo que seu problema, que pode ser semelhante ao de tantas outras, será discutido e resolvido de forma individual, e não na forma coletiva.

De outra parte, ainda mais preocupante é a atuação do Supremo Tribunal Federal. Apesar da previsão legal da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas prévias nas ações constitucionais, esses procedimentos ainda não são utilizados em todas as controvérsias constitucionais relevantes – haja vista a negativa de realização da audiência pública no recente caso envolvendo a lei de anistia, sob a alegação de que não mais havia necessidade de produção de prova no processo.

A questão é como tornar atuação da Corte Suprema mais vinculada ao princípio democrático, concebido, nessa pesquisa, de forma radical?

As soluções vistas nos capítulos anteriores mostram-se passíveis de críticas. De um lado, a doutrina brasileira da efetividade, embora louvável seja seu empenho em concretizar os ditames constitucionais, pela confiança tamanha depositada no Judiciário, coloca o cidadão como mero cliente dos juízes, à espera – pacífica e apática – de uma solução para sua problemática. Essa postura não se presta ao desenvolvimento de uma prática cidadã efetivamente comprometida com a construção de uma sociedade democrática. Se, de um lado, é preciso reconhecer a importância

dos direitos enquanto fundamento de nosso sistema constitucional, por outro lado, já que democracia e liberalismo não possuem uma vinculação necessária, a mera garantia de um núcleo duro de direitos não assegura a existência de um regime democrático pleno.

Contudo, também a solução mais procedimentalista, que atribui à jurisdição constitucional a tarefa de guardião das condições procedimentais da democracia, além das críticas já lançadas acima, reduz sobremaneira a participação do Judiciário num país carente de recursos e cuja população vê serem negados, todos os dias, os direitos mais básicos. De fato, é preciso formular uma teoria constitucional que coloque aos juízes a tarefa de promover instituições que promovam o dissenso, e não que apenas busquem a formação de consensos racionais. Proteger as condições procedimentais do processo democrático é uma expressão muito ampla – utilizada por todos os deliberativos – e que precisa estar vinculada a um objetivo, se se quiser comprometer também a atuação dos órgãos jurisdicionais a uma concepção de democracia radical.

O Político, entendido como fenômeno coletivo, no sentido de um modo de vida, precisa, embora haja a necessidade de domesticação temporária do conflito que lhe é inerente, ser mantido vivo, e essa é a tarefa de uma teoria democrática: encontrar instituições no âmbito da Política que mantenham sempre vibrante o dissenso e a possibilidade de mudanças hegemônicas. Aqui também se insere o papel da jurisdição constitucional, enquanto guardião de um consenso provisório sobre a estrutura do Estado e os direitos dos cidadãos brasileiros.

A questão central numa democracia é como criar canais que assegurem a participação popular efetiva e, com isso, desenvolvam uma moralidade democrática que denote, enfim, a existência de uma comunidade política constituída pelos princípios da liberdade e da igualdade.

Assim sendo, entregar as decisões mais fundamentais nas mãos do Judiciário, para que ele dê a última palavra, coloca a jovem democracia brasileira inteiramente na dependência de juízes que, nem sempre, se mostrarão progressistas ou cuja concepção sobre determinado direito ou sobre determinada política pública seja inteiramente distinta daquela expressa pela população. É fato que não há qualquer

garantia de que as decisões tomadas – com maior ou menor participação popular – no âmbito do Poder Executivo ou do Legislativo sejam efetivamente mais congruentes com a melhor interpretação constitucional, contudo, ao menos é possível exercer um controle, ainda que mínimo, sobre essas decisões políticas e sobre seus autores. Basta refletir sobre a composição da Suprema Corte norte-americana nos últimos anos. A Corte Warren é símbolo de grandes conquistas sociais, mas é possível dizer-se o mesmo em relação às cortes posteriores?

O Judiciário brasileiro, hoje, se coloca na posição de ator protagonista no processo de efetivação do exercício da cidadania em nosso País, e, para tanto, intenta exercer rígido controle sobre os demais Poderes. No entanto, quem controla o Judiciário? Mais ainda, quem controla o Supremo Tribunal Federal? Sustentar que as decisões são sempre confiáveis porque respeitam à Constituição é ingenuidade teórica, vez que, em última instância, quem dá a palavra final em relação à interpretação constitucional é sempre o Supremo.

Ademais, nada em nosso sistema político pode garantir que os juízes tutelem melhor os direitos fundamentais que os demais Poderes. Ao decidir a questão da anistia e confirmar que os torturadores da ditadura militar não podem ser perseguidos criminalmente pelos crimes cometidos à época, fica a dúvida, que direitos dos familiares e das vítimas sobreviventes foram respeitados e concretizados aqui? E o direito à memória e à verdade da população brasileira? Que visão de constitucionalismo e de democracia nossos Ministros do STF apresentam, a ponto de serem alçados à condição de defensores dos direitos e do regime democrático?

A essas questões uma teoria político-constitucional não pode deixar de atentar. E se a proposta é pela radicalização da democracia, a crítica a essa deificação do Poder Judiciário mostra-se bastante oportuna, em especial no caso brasileiro, dadas as especificidades socioeconômicas de nossa população.

Nesse sentido, concorda-se com a posição de Nino e Gargarella, no sentido de que uma reforma no Poder Judiciário, de modo a torná-lo mais coerente com uma concepção inclusiva de democracia, deve vir acompanhada de uma reforma maior, institucional, sob pena de ser inócua ou de retirar-lhe força, atribuindo-a a outro dos

dois Poderes, levando a um círculo vicioso indesejável⁴⁰². A crise que se visualiza nos outros Poderes não pode ter o condão de transferir para o Judiciário a responsabilidade pela tomada de decisões políticas, dados os riscos que essa medida acarreta ao processo democrático. Nesse sentido, é pertinente a crítica de Daniel Sarmento:

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura da farda.⁴⁰³

Gargarella propõe o reenvio judicial como alternativa para o fomento do diálogo institucional. A solução parece adequada à teoria da democracia radical, já que possibilita a construção de um diálogo entre os Poderes, de forma a evitar um desequilíbrio de forças, e obrigando Legislativo e Executivo, a tomarem providências para solucionar as questões, sem que o Poder Judiciário precise usurpar a função de legislador positivo ou de gestor de políticas públicas⁴⁰⁴. A tarefa de proteção às minorias também deve competir ao Judiciário, porém, de forma efetiva, a fim de incluí-las na participação democrática.

Enfim, se se pretende atribuir ao Poder Judiciário um papel dentro de uma concepção radical de democracia, também é preciso compreender a Constituição como algo mais que mero texto. Ela é o documento mais fundamental da vida comunitária, porque nela estão expressos os consensos – provisórios – que nortearão a esfera pública de determinado Estado. Ela expressa um compromisso, e deve ser efetivamente observada e concretizada por todos os Poderes e por todos os membros da sociedade política. No entanto, ela não é um texto bruto imutável às mudanças intergeracionais; ao revés, falta sentido à afirmação de que, por ser o guardião da Constituição, o Judiciário precisa proteger o compromisso originário do poder constituinte face às maiorias eventuais. O momento constituinte também é fruto de uma

⁴⁰² Cf. NINO, C.S. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*; e GARGARELLA, R. *Crítica de la Constitución; La justicia frente al gobierno*.

⁴⁰³ Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 139.

⁴⁰⁴ GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*, p. 174-177.

maioria eventual, hegemônica naquele momento histórico do estabelecimento dos compromissos que sustentam a vida política do País.

Os dois princípios fundamentais – liberdade e igualdade – estão em constante rediscussão e rearticulação, e um Poder Judiciário que se pretenda democrático precisa estar atento a essa questão. A proteção à constituição histórica, para usar a expressão de Nino, traduzida numa perspectiva radicalmente democrática, abre espaço tanto à proteção de práticas democrático-constitucionais já consolidadas, como à sensibilidade para se vislumbrar a emergência de novas práticas. Não cabe ao Judiciário, mas sim ao corpo de cidadãos, a última palavra no que se refere às temáticas político-constitucionais constitutivas da comunidade política da qual fazem parte. Cabe ao Judiciário a tarefa de, inserto em um regime democrático, fomentar a criação de canais de participação popular, que possibilitem a expressão das diversas formas de vida e pensamento comunitários, que permitam a expressão do dissenso, de modo a colaborar no desenvolvimento de uma cidadania radicalmente democrática. Se a postura será ativista ou de auto-contenção, é o caso concreto que dirá, no entanto, a atenção aqui se volta para a necessidade premente de manutenção de todo o potencial do princípio democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral da presente pesquisa foi repensar a fronteira entre o Político e o Jurídico, por meio da análise da tensão entre a jurisdicionalização das questões políticas – dimensão do constitucionalismo – e o princípio democrático entendido enquanto esfera pública de debate – dimensão da democracia –, e o risco de que aquela leve ao enfraquecimento deste último, utilizando como marco teórico a teoria da Democracia Radical tal como conformada por Chantal Mouffe.

Também se pretendeu analisar as possibilidades do estabelecimento de uma jurisdição constitucional que, mesmo diante da impossibilidade de resolução do conflito entre democracia e constitucionalismo, melhor equalize essa tensão, adequando-se aos objetivos de um estado que se pretende, efetivamente, democrático.

Ainda, pretendeu-se, por meio do estudo de diversas matrizes teóricas relacionadas à temática, investigar se, em algumas delas, mostra-se possível compatibilizar as conclusões da Democracia Radical aos pressupostos dessas teorias do constitucionalismo.

A “supremocracia” é um fenômeno claro em nossa realidade constitucional, conferida por uma Constituição repleta de direitos a serem efetivados e que atribui ao Judiciário o papel de intérprete último e guardião da Constituição. A problemática não é exclusividade de nosso País, mas aqui adquire contornos mais dramáticos, dada a ineficácia e à crise de legitimidade que assolam nossas instâncias representativas.

A reforma do papel do Judiciário, nesse íterim, necessariamente passa por debates acerca de uma reforma política maior, a fim de tornar mais legítimas todas as esferas do poder.

Contudo, não por essa razão, deve o Judiciário usurpar a função de legislador positivo nem se arvorar na seara do administrador público, na medida em que essa atitude anti-democrática pode trazer sérias conseqüências para nossa incipiente democracia.

No presente trabalho, demonstrou-se que, mesmo em se considerando a particular realidade nacional, o deslocamento das decisões relativas a questões

políticas, da esfera pública de debate – lócus democrático por excelência – para o Poder Judiciário, representa o enfraquecimento da democracia, ao contribuir para o afastamento dos cidadãos do processo decisório. Isso por diversas razões, dentre as quais a atribuição de grande poderio a uma única instituição; o desprestígio dos demais Poderes; a ausência de responsividade dos juízes, que não se submetem ao controle popular; a ausência de incentivo ao debate público e à tomada de decisões pela própria população, através do incremento de mecanismos de participação, etc.

A jurisdição constitucional faz-se extremamente necessária, contudo, é preciso que esteja devidamente comprometida com uma sociedade radicalmente democrática, sob pena de – dado o alerta de Habermas – contribuir para que a democracia brasileira permaneça no estado de minoridade em que se encontra.

A teoria da democracia radical, com sua ênfase em uma concepção emancipadora de cidadania, traz um bom contributo nessa seara, denunciando a ausência de canais adequados de participação popular de meios institucionais aptos a ensejar uma cidadania efetivamente dotada dos valores de liberdade e igualdade.

É uma teoria que não reduz a democracia ao governo da maioria, mas, sim, que pretende despertar nos cidadãos uma consciência democrática apta à constituição de um “nós”, e é nesse contexto que reclama uma atuação do Poder Judiciário. Nem guardião das condições procedimentais do exercício da cidadania, nem órgão destinado à tutela de direitos fundamentais imutáveis, sua tarefa dentro do modelo radical de democracia consiste em atuar para defender, sim, a Constituição, mas sem olvidar que a última palavra quanto à interpretação constitucional pertence ao conjunto de membros da comunidade política, autores últimos do ordenamento político-jurídico.

Se, por um lado, a vinculação entre democracia e liberalismo é contingente, por outro, como assevera Nino, é o melhor regime que o mundo ocidental já foi capaz de desenvolver. As experiências do nazi-fascismo e tantas outras atrocidades já presenciadas pela humanidade nos recordam que, apesar disso, não há proteção efetiva aos direitos dos cidadãos – tais como o concebemos na linguagem contemporânea ocidental – fora do regime democrático. A relação entre direitos e

democracia, portanto, é mais complexa do que uma simples questão de limites recíprocos. Nas palavras de Claude Lefort:

A legitimidade do debate sobre o legítimo e o ilegítimo supõe, reafirmemos, que ninguém ocupe o lugar do grande juiz. Deixemos claro: ninguém, isto é, nenhum homem investido de autoridade suprema, nenhum grupo, ainda que fosse a maioria. Ora, a negação é operante: suprime o juiz, mas reporta a justiça à existência de um espaço público – um espaço tal que cada um é suscitado a falar, a ouvir, sem estar sujeito à autoridade de um outro; o poder que lhe é dado, é induzido a querê-lo. Constitui a virtude desse espaço – sempre indeterminado, pois não é propriedade de ninguém, apenas correspondendo aos que nele se reconhecem e lhe dotam sentido – deixar que se propague o questionamento do direito. Que em função dele, uma maioria se forme, *aqui e agora*, liberando uma resposta que tome o lugar da verdade, nenhum artifício poderia impedi-lo. E que um homem, ainda que fosse um só, tenha o direito de denunciar a fatuidade ou o erro dessa resposta, é algo que por si só confirma a articulação da liberdade com o direito, confirma a irredutibilidade da consciência do direito de opinião: a maioria, não o espaço público, é o que, então, está sendo eventualmente contestado. A degradação do direito não reside nos erros da maioria, resultará da degradação do próprio espaço público, isto se se verificar que na ausência do debate, que lhe é próprio, uma opinião massiva, compacta, decidir no escuro, em vez de serem feitas e desfeitas maiorias, e em vez de as peripécias da troca e do conflito manterem a inquietante e venturosa divisão das convicções.⁴⁰⁵

Compreender que esses elementos convivem numa tensão que lhes é constitutiva e inerradicável confere à jurisdição constitucional uma nova perspectiva de atuação, sem a pretensão do alcance de uma solução final e definitiva às questões constitucionais. “Entre a cruz e a espada”: ora pende para a cruz, ora para a espada, e não há a possibilidade de uma resposta duradoura para esse conflito; apenas respostas temporárias.

⁴⁰⁵ LEFORT, C. *Ob. cit.*, p. 59-60.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Foundations. Cambridge, London: The Belknap Press PF Harvard University, 1991.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 2.ed. São Paulo: Perspectiva: 1988.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em 09 fev.2007.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*. Contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: _____. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 133-175.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

CARRIÓ, Genaro. 1990. *Los derechos humanos y su protección*: distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,

CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Comunitarismo, liberalismo e tradições morais em Alasdair Macintyre. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 287-310.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Constituição entre o Direito e a Política: uma reflexão sobre o sentido performativo do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 6, ano 2, abr/jun 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 347-376.

_____. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 161-171.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de Filosofia Constitucional contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CONSTANT, Benjamin. *Liberty of the ancients compared with that of the moderns (political writings)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

COSTA, Pietro. *Democracia política e estado constitucional*. (paper)

_____. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Uma nova alternativa para o Direito Brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAHL, Robert. *Poliarquia: participação e oposição*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

_____. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*: Apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: Um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Crítica de la constitución*. Sus zonas oscuras. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

_____. ¿Democracia deliberativa u judicialización de los derechos sociales? In: *El derecho a la igualdad*. Aportes para un constitucionalismo igualitário. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 121-144.

_____. *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GHETTI, Pablo Sanges. Às margens da deliberação: notas sobre uma política democrática por vir, In: VIEIRA, José Ribas (org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIACAGLIA, Mirta A. Ch. Mouffe y E. Laclau: una lectura de los aportes de Ludwig Wittgenstein para pensar la idea de democracia radical y plural. *Tópicos (Santa Fe)*, Santa Fe, n. 12, 2004.

GRIESBACH, Carlos Fabrício. A teoria política em Montesquieu. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral*. Justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante, n. 5, 1988, p. 21-45.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: _____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Three normative models of democracy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and Difference: Contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University, 1996.

HELD, David. *Models of Democracy*. 3.ed. California: Stanford University Press, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. Reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 327-346.

_____. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. In: *Revista da faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: SER/UFPR, n. 1, p. 43-57, 2004.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemony and Radical Democracy*. London: Verso, 1985.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: Ensaio sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4.ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A idéia de liberalismo político em Rawls: uma concepção política de justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis, Vozes, 2003, p. 251-271.

MENDONÇA, Daniel de. A noção de antagonismo na ciência política contemporânea: uma análise a partir da perspectiva da teoria do discurso. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 20, jun/2003

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MOUFFE, Chantal. *Can human rights accomodate pluralism?* (paper)

_____. *¿Cuál democracia para un mundo multipolar agonista?* (paper).

_____ (ed.). *Dimensions of Radical Democracy*. Pluralism, Citizenship, Community. London: Verso, 1992.

_____. Entrevista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 2010 (no prelo).

_____. *On the Political*. London: Routledge, 2007.

_____. *O Regresso do Político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. Por um modelo agonístico de democracia. Trad. Pablo Sanges Ghuetti. In: *Revista de Sociologia e Política: dossiê Democracias e Autoritarismos*, n. 25, Curitiba: UFPR, Nov/2005, p. 11-23.

_____. Teoria política, direitos e democracia. Trad. Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo horizonte: Forum, 2004, p. 380-392.

_____. *The Democratic Paradox*. New York: Verso, 2000.

_____. *The Political, the Moral and the Juridical*. (paper).

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. *Revista de Ciências Sociais*. São Paulo, v.21, n. 60, fev/2006

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política: una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Introducción al análisis del derecho*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

_____. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da colônia a quinta república*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro: Globo, 1962.

SALGADO, Eneida Desirre; GABARDO, Emerson. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, SER/UFPR, n. 48, p. 165-186, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 113-146.

SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Trans. Gerog Schwab. Chicago: Chicago University Press, 1996.

_____. *The crisis of parliamentary democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. On Justice, the Common Good and the Priority of Liberty. In: MOUFFE, Chantal (ed.). *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*. London: Verso, 1992, p. 211-224.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-108.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STAMATO, Bianca. “Constitucionalismo Popular”: O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 12, mar/2002

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A defense of Pluralism and Equality*. Basic Books: New York, 1983.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. V.2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.